# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach

Hellfeld

# ein Commentar

von

D. Chriſtian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Univerſität in Erlangen.

---

Eilften Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1809.

# Lib. XI. Tit. I.

# De interrogationibus in iure faciendis, et interrogatoriis actionibus [1]).

## §. 745.

Wahre Beſchaffenheit der Interrogationen nach der römiſchen Gerichtsordnung, und der ſich darauf gründenden *actionum interrogatoriarum*.

Eben ſo, wie die actio ad exhibendum, dienen auch zur Einleitung und Vorbereitung einer zuſtändigen Hauptklage die ſogenannten *Interrogationes in iure* [2]). Im

1) So lautet die Ueberſchrift in der florentiniſchen Ausgabe. In der Haloandriniſchen aber wird noch das Wort *ſublatis* beygefügt. Dieſe Leſeart vertheidiget beſonders LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. Eben ſo, wie Haloander, lieſet auch Baudoza. Allein mit Recht giebt Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe der florentiniſchen Leſeart den Vorzug. Offenbar beruhet die haloandriniſche Leſeart auf einer unrichtigen Erklärung der *L. 1. §. 1. D. h. t.* Unſer Erlanger Pandecten-Codex ſtimmt mit der Florentine überein.

2) Die beſte Schrift iſt *Ioannis* WYBO ICti de interrogationibus in iure liber ſingularis. *Lugduni Batavor. 1732.* 8. Außerdem ſind noch zu vergleichen *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de interrogationibus in iure faciendis hodie non ſublatis. *Lipſiae 1750.* und *Io. Phil.* CARRACH Exercitat. iurid. ſiſtens Sicilimenta de interrogationibus in iure, earumque defectu in foris germanicis. *Halae 1751.*

Im allgemeinen werden darunter Fragen verſtanden, welche eine Parthey der andern, oder der Richter im Prozeß von Amtswegen einer Parthey zur Beantwortung vorlegt. Solche Fragen können alſo

I. von einer **Parthey** an die andere gemacht werden. Nach der römiſchen Gerichtsordnung konnte vorzüglich der Kläger noch vor Anſtellung der Klage ſeinem Gegner gewiſſe Fragen zur Beantwortung vorlegen, welche dazu dienten, um die Klage darnach einzurichten. Ueber den Grund der Klage konnte freylich der Beklagte nicht befragt werden, ſo lange noch kein Prozeß vorhanden war. Darauf brauchte er gar nicht zu antworten, ſondern die Fragen betrafen nur immer die Qualität desjenigen, gegen den eine gewiſſe Hauptklage angeſtellt werden ſollte, wenn es ungewiß war, ob und wie weit er der rechte Beklagte ſey [3]). Dies beweiſen ſämmtliche Geſetze dieſes Titels, und die darin vorkommenden Beyſpiele. Es ſind deren folgende acht.

1) Ob derjenige, welcher als Erbe belangt werden ſollte, wirklich Erbe desjenigen ſey, an welchen der Kläger eine Forderung hatte? desgleichen ob er Univerſal- oder nur Partial-Erbe ſey, und zu welchem Antheil? auch was er überhaupt für ein Erbe ſey, Teſtaments- oder Inteſtat-Erbe?

*L. 1. pr. D. h. t.* Totiens heres in iure interrogandus eſt, *qua ex parte heres ſit*, quotiens adverſus eum actio inſtituitur, et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres ſit.

*L. 9.*

3) WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 6. u. HUBERI Prael. ad Pand. h. t. §. I.

*L.* 9. §. 5. *D. eodem.* Qui interrogatus, *heredem ſe* reſponderit, nec adjecit, *ex qua parte*, ex aſſe reſpondiſſe dicendum eſt. Niſi forte ita interrogatur, *an ex dimidia parte heres ſit?* et reſponderit, *heres ſum*: hic enim magis eum puto ad interrogatum reſpondiſſe.

*L.* 9. §. 6. *D. eodem.* Illud quaeritur, an quis cogatur reſpondere, *utrum ex teſtamento heres ſit*: et *utrum ſuo nomine ei quaeſita ſit hereditas*; *an per eos*, *quos ſuo iuri ſubiectos habet*, *vel per eum*, *cui heres extitit?* Summatim igitur Praetor cognoſcere debebit, cum quaeratur, an quis reſpondere debeat, quo iure heres ſit: ut, ſi valde intereſſe compererit, plenius reſponderi iubeat. Quae obtinere debent, non ſolum in heredibus, ſed etiam in honorariis ſucceſſoribus.

War die Erbſchaft mit einem Univerſal⸗Fideicommiß beſchwert, ſo konnte der Kläger ſeinen Gegner fragen, ob ihm die Erbſchaft ſchon abgetreten worden ſey? Denn da nun erſt die erbſchaftlichen Klagen nach dem Trebellianiſchen Senatusconſultum auf den Fideicommiſſar übergehen, ſo daß er loco heredis von den Erbſchaftsgläubigern belangt werden kann, ſo war letztern allerdings daran gelegen, zu wiſſen, ob die Erbſchaft dem Fideicommiſſar reſtituirt ſey. Sie konnten ihn alſo deshalb vor Gericht fragen [4]).

*L.* 9. §. 7. *D. eodem.* Denique *Iulianus* ſcribit, eum quoque, cui eſt hereditas reſtituta, debere, in iure interrogatum, reſpondere, *an ei hereditas ſit reſtituta?*



4) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. 1. not. b. pag. 326.

2) Ob derjenige, gegen den eine Noxalklage angeſtellt werden ſollte, den Sklaven beſitze, wegen deſſen dem Fragenden dieſe Klage zuſteht [5])?

3) Ob demjenigen, welcher actione de pauperie belangt werden ſollte, das Thier gehöre, welches den Schaden angerichtet hat?

*L. 7. D. h. t.* Si quis in iure interrogatus, *an quadrupes, quae pauperiem fecit, eius ſit*, reſponderit, tenetur.

4) Ob, und zu welchem Theile dem Beſitzer das Haus gehöre, aus deſſen Einſturz dem Fragenden Schaden drohet, wenn deswegen die cautio damni infecti geleiſtet werden ſoll?

*L. 10. D. h. t.* Non alienum eſt, eum, a quo damni infecti ſtipulari velimus, interrogare in iure [6]), *an aedes eius vel locus ſit, ex quo damnum timeatur; et pro qua parte?* ut ſi neget ſuum praedium eſſe, nec caveat damni infecti, aut cedere, aut reſiſtendum putaverit [7]), quaſi dolo verſatus, tradere compellatur.

L. 20.

5) *L. 5. L. 14. 15. 16. 17. L. 20. pr. D. h. t.*

6) Baudoza lieſet hier *interrogari in iure.*

7) Unſer Cod. Pand. Erlang. hat hier: *aut ſi reſiſtendum putaverit.* Eben ſo Baudoza. Dieſe Leſeart verdient unſtreitig den Vorzug. Zwar vertheidiget Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe die florentiniſche Leſeart. Allein weit richtiger erklärt dieſe Stelle POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 327. wo er ſagt: *Poena igitur mendacii erit, ut nulla amplius cognitione habita teneatur aut cavere damni infecti, aut cedere poſſeſſione; quae, ſi reſiſtendum putaverit, ipſi manu militari auferetur.*

*L.* 20. §. 2. *D. eodem.* Idem[8]) et ſi damni infecti caveamus[9]): nam et hic reſpondere debet, quota ex parte eius ſit praedium, ut ad eam partem ſtipulationem accommodemus. Poena autem non repromittentis haec eſt, ut in poſſeſſionem eamus: et ideo eo pertinet ſcire, an poſſideat.

5) Ob der zu Belangende das Peculium beſitze, wegen deſſen dem Kläger die actio de peculio zuſteht? Auf die Frage, ob der Sohn, dem das peculium gehört, in des Beklagten Gewalt ſey, kommt nichts an. Denn die actio de peculio iſt nicht nur eine actio in rem ſcripta, ſondern hat auch noch ein ganzes Jahr nach aufgehobener väterlichen Gewalt Statt[10]).

*L.* 9. §. 8. *D. h. t.* Si de peculio agatur, non oportere reſponderi a patre, vel domino, *an in poteſtate habeat filium vel ſervum:* quia hoc ſolum quaeritur, *an peculium apud eum, cum quo agitur, eſt.*

6) Zuweilen konnte der zu Belangende wegen ſeines Alters befragt werden, wie Ulpian lehrt *L.* 11. *pr. D. h. t.*



8) Cod. Erlang. lieſet hier *Idem eſt.* Eben ſo Baudoza.

9) Statt *caveamus*, will *Ant.* FABER Rational. in h. L. lieber *caveatur* oder *caveat quis* leſen, weil nachher in der dritten Perſon geſagt wird: *nam et hic reſpondere debet.* Allein ohne Grund. *Caveamus* iſt ſoviel als cavere poſtulemus, wie es Accurſius und Pothier c. l. not. c. erklären, und geht auf *accommodemus*, mithin auf die Perſon des Fragenden, und nicht des Befragten, wie *Io.* WYBO c. lib. Cap. 7. pag. 100. gezeigt hat. Die *Baſilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. p. 740. haben jedoch: καὶ τῆς ἐλπιζομένης συμπτώσει ἀγωγῆς, i. e. *et qui convenitur damni infecti.*

10) S. FABRI Rational. in h. L.

*h. t.* De *aetate* quoque interdum interrogatus reſpondere debebit. Z. B. der Kläger weiß nicht gewiß, ob derjenige, den er belangen will, ſchon großjährig ſey [11]). Gab er ſich argliſtig dafür aus, ſo machte er ſich der Wohlthat ſeines Alters verluſtig [12]). Es läßt ſich aber noch ein anderer Fall gedenken, wo wegen des Alters gefragt werden kann, nämlich, wenn Jemandem der Nießbrauch bis auf ein gewiſſes Alter vermacht worden iſt, und der Erbe des verſtorbenen Proprietars weiß nicht, ob nicht der Uſufructuar etwa das Alter ſchon erreicht hat, mit deſſen Eintritt ſich der Nießbrauch endigen ſoll [13]).

7) Ob der Schuldner ein gewiſſes Grundſtück beſitze, und zu welchem Theile? damit der Gläubiger, wenn jener etwa zu des letztern Nachtheil fälſchlich vorgiebt, er beſitze es nicht, oder es gehöre ihm nicht allein, eine Einweiſung in daſſelbe erhalte, ſo weit es der Schuldner nicht defendirt.

*L.* 20. §. 1. *D. h. t.* In iure interrogatus, *an fundum poſſideat:* quaero, an reſpondere cogendus ſit, et *quota ex parte fundum poſſideat* [14])? Reſpondi: *Iavolenus*

11) FABER in Rational. T. II. P. II. pag. 495. glaubt, daß dieſes Fragment ſchicklicher de reo, quam de actore interrogante, zu verſtehen ſey. Allein dazu iſt kein hinreichender Grund vorhanden.

12) *L. 3. Cod. ſi minor ſe major. dixerit.*

13) S. WYBO libr. cit. Cap. 7. pag. 101. ſq.

14) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. erklärt dieſe Stelle von einer actio in rem, bey welcher es auf den Beſitz des Beklagten ankommt. Allein CUJACIUS ad Pauli libr. 2. Quaeſtion. in d. L. 20. §. 1. D. h. t. verſteht dieſes Fragment richtiger de de-

*nus* ſcribit, poſſeſſorem fundi cogi debere reſpondere, *quota ex parte fundum poſſideat*: ut, ſi minore ex parte poſſidere ſe dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in poſſeſſionem actor mittatur.

8) Ob A., der noch unter väterlicher Gewalt ſteht, und wegen deſſen ich den Vater belangen kann, des B. Sohn ſey[15])?

Dieſe Interrogationen hatten für den Kläger einen doppelten Zweck. Sie dienten ihm

1) dazu, um nicht in die Strafe des Zuvielbittens zu verfallen, welche ehemals in dem Verluſt der ganzen Forderung beſtand. Calliſtratus ſetzt hierin einen vorzüglichen Grund der Nothwendigkeit der Interrogationen, wenn er ſagt *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Eſt autem interrogatio tunc neceſſaria, cum in perſonam ſit actio, et ita, ſi certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adverſarius defuncto heres extiterit, *interdum plus petendo aliquid damni ſentiat.*

Nicht ohne Grund halten zwar die meiſten Ausleger[16]) dieſe Stelle für interpolirt. Denn es iſt außer



debitore, praeſente quidem, ſed rem ſuam pro parte defendente. Ihm ſtimmt auch WYBO c. l. pag. 102. bey. Man ſehe hier *L.* 52. *D. de div. reg. iuris.*

15) *L.* 13. *pr. D. h. t.*

16) *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. Cap. 14. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis Lib. V. cap. 25. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Extat illa. pag. 251. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. a. pag. 326. Zu verwundern iſt, daß *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. und WISSEN-

Zweifel, daß zu den Zeiten des Calliſtratus, welcher unter den Kaiſern Septimius Severus, Antoninus Caracalla und Alexander Severus lebte[17]), die Strafe der pluris petitio noch in dem Verluſt der Forderung beſtand[18]), da erſt Kr. Zeno, und vollends Juſtinian[19]) dieſe ehemalige Strenge der alten Prozeßordnung gemildert haben. Vermuthlich hieß es alſo bey Calliſtratus: *ne plus petendo cauſam perdat*, wie ſich ſein Zeitgenoß Paulus[20]) in einem ähnlichen Falle ausdrückt. Da indeſſen eine pluris petitio doch auch nach der neuern Römiſchen Prozeßordnung nachtheilige Folgen für den Kläger hatte, ſo ſubſtituirte Tribonian dafür die Worte: *ne interdum plus petendo aliquid damni ſentiat*[21]).

Außer-

BACH in ſeinen Emblematib. Triboniani, ad h. L. welche ſonſt ſo gern nach Tribonianismen haſchen, hier keine Ahnung gehabt haben.

17) *L. 3. §. 2. D. de offic. Procur. Caeſ. L. 38. D. de LL. L. 2. §. 6. D. de iure fisci.* S. *Gottl. Aug.* IENICHEN Singularia de Calliſtrato ICto. *Lipſiae 1742.*

18) Noch in einer Verordnung der Kaiſer Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. Hermogen. de Calumniator. et plus petendo* (Tit. 2. bey SCHULTING in Iurisprud Antejuſt. pag. 712.) heißt es: Si quis igitur plus ab eo, quod ei competit, vel debetur, petierit, *rem et cauſam, de qua agitur, perdit.*

19) *§. 33. I. de Actionib.* Siehe den 3. Th. dieſes Commentars, und deſſen 2. Abth. §. 282. S. 628.

20) *Sententiar. Receptar.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 5. Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet: alioquin plus petendi periculum incurrimus, et cauſam perdimus. Add. Lib. II. Tit. 5. §. 3.

21) Nur WYBO cit. libr. Cap. II. pag. 27. nimmt hier kein Emblema Triboniani an. Er meint, die Worte *aliquid damni* ſeyen hier

pro

Außerdem dienten die Interrogationen dem Kläger auch

2) dazu, um ſich den oft ſchweren Beweis in ſolchen Fällen zu erleichtern, wo die Klage eine gewiſſe Eigenſchaft bey dem Beklagten vorausſetzt, ohne welche ſonſt eine Klage von der Art, wie der Kläger anſtellen wollte, gar nicht, oder noch zur Zeit nicht Statt haben würde. **Ulpian** ſetzt hierin einen Hauptgrund, warum der Prätor ſein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht habe, wenn er *L. 2. D. h. t.* ſagt:

Edictum *de interrogationibus* ideo Praetor propoſuit, *quia ſciebat difficile eſſe ei, qui heredem, bonorumve poſſeſſorem convenit, probare aliquem eſſe heredem, bonorumve poſſeſſorem.*

Und **Paulus** fügt *L. 3. D. eodem.* noch den Grund hinzu:

Quia plerumque *difficilis* probatio aditae hereditatis eſt.

Ehemals geſchahen jedoch dergleichen Fragen, die eine Parthey an die andere machen konnte, nicht immer vor Gericht, ſondern häufig auch außergerichtlich, und es konnten auf die letztern ſo gut, wie auf gerichtliche Interrogationen, actiones interrogatoriae gegründet werden[22]. Es pflegten auch nicht blos die Kläger ſich ſolcher Fragen zu bedienen, um darnach ihre Klage einrichten zu können, ſon-

pro omni damno zu nehmen, wie auch zuweilen **Cicero** ſich ausdrücke, z. B. *Lib. XVI. Epiſt. 11.* Ne quid Reſpublica detrimenti caperet.

22) S. WYBO cit. libr. Cap. 3. pag. 31. ſqq.

ſondern auch die Beklagten bedienten ſich derſelben argliſtig, als ein Mittel, ihren Klägern die Strafe der pluris petitio zuzuziehen[23]). Z. B. der Erbe des verſtorbenen Schuldners gieng hin zum Gläubiger, und fragte ihn: nonne a Titio defuncto tibi debentur centum, cuius ego ſum heres? Ahnte der Gläubiger keinen Betrug, ſondern ſtellte nun ſeine Schuldklage gegen dieſen Erben an, ſo ſetzte er ihm die Einrede der pluris petitio entgegen, weil er nicht Univerſalerbe ſey, und zog ihm den Verluſt ſeiner Forderung zu. Auf dieſen Betrug bezieht ſich die bekannte Stelle des Seneca[24]), wo er ſagt: Quid aliud agitis, quum eum, quem interrogatis, ſcientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidiſſe videatur? Er nennt daher mit Recht dergleichen Einreden, deren ſich die Beklagten auf ſolche Art bedienten, exceptiones nigras, et turpes, infamesque[25]). Nicht ſelten ſchikanirten aber auch die Kläger durch captiöſe Fragen die Beklagten, ſo, daß der Befragte, welcher z. B. nur zur Hälfte des verſtorbenen Schuldners Miterbe war, von dem Gläubiger auf die ganze Schuld belangt werden konnte. Eine Uebereilung war bey dieſen außergerichtlichen Interrogationen um ſo leichter möglich, weil keine Bedenkzeit dabey Statt hatte. Beſonders nachtheilig aber konnte dem Befragten die Antwort in dem Falle werden, wenn er ſich über

23) WYBO pag. 43. ſqq.

24) Epiſtol. 48. (*Operum* Vol. II. pag. 207. edit. *Ruhkopf* Lipſiae 1800.)

25) Anders verſteht jedoch dieſe Stelle CARRACH cit. Diſſ. §. 9. welcher läugnet, daß Interrogationen von dem Beklagten an den Kläger geſchehen wären.

über eine ihm angefallene Erbſchaft erklären ſollte, wegen welcher er mit einem Dritten in einen Prozeß war verwickelt worden. Antwortete er dem Gläubiger auf ſein Befragen, er ſey Erbe, ſo hatte er ſich demſelben verbindlich gemacht, wenn ihm auch gleich nachher die Erbſchaft war abgeſprochen worden. Bey dieſer Beſchaffenheit der alten außergerichtlichen Interrogationen wird es nun auch Niemanden wundern, wenn die Antworten auf captiöſe Fragen nicht ſelten dunkel und zweydeutig gefaßt, und auf Schrauben geſtellt wurden, ſo daß der Beklagte nachher ſeiner Antwort eine Deutung geben konnte, welche er wollte.

Allen dieſen Mißbräuchen und Schikanen ſuchte der Prätor durch ſein Edict abzuhelfen, vermöge welchen nun die Fragen ſchlechterdings vor Gericht (in iure) geſchehen, und Niemand mehr ſchuldig ſeyn ſollte, außergerichtlich auf eine Frage ſeines Gegners Red und Antwort zu geben. Man durfte auch ſeinen Gegner mit der Antwort nicht übereilen, ſondern er konnte um eine Bedenkzeit bitten. Lügen und gänzlich verweigerte Antwort hingegen zogen beſtimmte Strafen nach ſich. Nur dann konnte der Befragte ſeine Antwort zurückhalten, wenn er noch deliberirte, ob er die Erbſchaft annehmen ſolle oder nicht, oder wenn er über die ihm angefallene Erbſchaft mit einem Dritten in einen Rechtsſtreit war verwickelt worden. Captiöſe Fragen, und dunkle oder zweydeutige Antworten hatten jetzt auch nicht mehr Statt. Jeder vor Gericht Befragte haftete nun zwar aus ſeiner Antwort, und es konnte hierauf eine Klage gegründet werden, welche *actio interrogatoria* genennt wird; allein es konnte auch der Befragte dagegen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten,

ten, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthum wider die Wahrheit geantwortet hatte, ſo wie es ihm auch erlaubt war, ſein aus einem ſolchen Irrthum gethanes Geſtändniß zu revociren. Es ſind hier folgende Stellen merkwürdig.

*L.* 4. *D. h. t.* Voluit Praetor adſtringere eum, qui convenitur, ex ſua in iudicio reſponſione, ut vel confitendo, vel mentiendo ſeſe oneret; ſimul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur. Quod ait Praetor: *Qui in iure interrogatus reſponderit*: ſic accipiendum eſt, apud Magiſtratus populi Romani, vel Praeſides provinciarum, vel *alios iudices* [26]). *Ius* enim eum ſolum locum eſſe, ubi iuris dicundi, vel iudicandi gratia conſiſtat; vel ſi *domi* vel *itinere* [27]) hoc agat.

*L.* 5.

26) Die Ausleger ſind nicht einig, wer die *alii iudices* ſind. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc Edictum. Tom. II. pag. 251. verſteht darunter *magiſtratus minores*, ut *municipales.* WYBO cit. lib. cap. V. pag. 64. hingegen glaubt, Ulpian habe die *Proconſules* gemeint. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. und HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. halten die Worte: *alios iudices* für ein Emblema Triboniani, weil ſeit den Zeiten der Kaiſer Diocletian und Maximian *L.* 2. *C. de pedaneis iudic.* aller Unterſchied zwiſchen magiſtratus und iudices aufgehört hat. Allein ein ſolches Emblema hier anzunehmen, iſt kein hinlänglicher Grund vorhanden, und da unter dem Ausdruck *Praeſides* auch im allgemeinen Sinn die Proconſuls verſtanden werden, *L.* 1. *D. offic. Praeſ.* ſo ſcheint die Noodtiſche Erklärung wohl die richtigſte zu ſeyn.

27) *Franc.* HOTOMAN Obſervation. Lib. I. Obſ. 22. et Lib. VII. Obſ. 5. hält dieſe Worte für fehlerhaft, und will ſtatt vel ſi domi lieber *non ſi domi* leſen. Allein mit Recht haben dieſe Emendation CUJACIUS Obſervation. Lib. XIV. cap. 11. und

RAE-

*L.* 5. *D. h. t.* Qui interrogatur, *an heres*, vel *quota ex parte ſit*, vel *an in poteſtate habeat eum*, *cuius nomine noxali iudicio agitur*, ad deliberandum tempus impetrare debet: quia, ſi perperam confeſſus fuerit, incommodo adficitur.

*L. 6.*

RAEVARDUS lib. ſing. pro Tribon. c. 7. verworfen. Zwar hat *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. die Meinung des Hotomans aufs neue zu vertheidigen geſucht; allein ganz vergeblich, wie WYBO cit. lib. cap. V. pag. 67. gezeigt hat. Der Prätor, ſo wie der Präſes der Provinz, konnte allerdings in ſolchen Fällen, wo eine Sache de plano abgethan werden konnte, auch zu Hauſe und auf Reiſen, ſella poſita, Recht ſprechen, wie RAEVARDUS Protribunal. cap. 7. ROBERTUS Lib. I. Receptar. Sentent. Cap. 13. und LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. ausführlich dargethan haben. Es konnten daher auch in ſolchen Fällen und bey ſolchen Gelegenheiten, da ſich der Magiſtrat außer ſeinem Tribunal befand, vor ihm Fragen geſchehen, wenn die Sache keinen Aufſchub litte, z. B. es kam auf eine cautio damni infecti wegen eines den Einſturz drohenden Gebäudes an. Hierauf zielt auch die *L.* 21. *D. h. t.* wo Ulpian ſagt: *Ubicunque* iudicem aequitas moverit, *aeque* oportere fieri interrogationem, dubium non eſt. Das Wort *ubicunque* erklärt zwar BRANCHU Obſervat. ad ius Rom. Dec. alt. cap. 15. pag. 100. *in omni cauſarum genere*. Allein ganz unrichtig. Es heißt offenbar hier *quovis in loco*, wie aus *L.* 11. *D. de Iuſtit. et iure* erhellet; und die Worte *aeque* oportere etc. haben den Sinn: non eſſe exſpectandum, donec Praetor ad tribunal adſit, verum et domi et in itinere debere fieri interrogationem. Auch die *Baſilica* Lib. XLII. Tit. 4. T. V. p. 735. beſtärken die florentiniſche Leſeart. Da heißt es: εἰ καὶ ἐν οἴκῳ, ἢ ὁδῷ τῦτο γίνεται. i. e. *etiamſi domi*, *aut in itinere hoc agat.*

*L. 6. D. eodem.* Et quia hoc defunctorum intereſt, ut habeant ſucceſſores, intereſt et viventium, ne praecipitentur, *quamdiu iuſte deliberant.*

§. 1. Interdum interrogatus, *an heres ſit*, non cogitur reſpondere: utputa, *ſi controverſiam hereditatis ab alio patiatur*, et ita D. *Hadrianus* conſtituit: ne aut negando ſe heredem, praeiudicet ſibi; aut dicendo heredem, illigetur, etiam ablata ſibi hereditate.

*L. 11. §. 4. D. h. t.* Qui *tacuit* apud Praetorem, in ea cauſa eſt, ut inſtituta actione in ſolidum conveniatur, *quaſi negavit ſe heredem eſſe.* Nam qui omnino non reſpondit, contumax eſt. *Contumaciae* autem poenam hanc ferre debet, *ut in ſolidum conveniatur*, quemadmodum ſi *negaſſet*; quia Praetorem contemnere videtur.

§. 5. Quod autem ait Praetor: *Omnino non reſpondiſſe:* poſteriores ſic exceperunt[28]), ut omnino non reſpondiſſe videatur, qui ad interrogatum non reſpondit, id eſt, πρὸς ἔπος[29]).

§. 7. Nihil intereſt, *neget* quis, an *taceat* interrogatus, an *obſcure reſpondeat*, ut incertum dimittat interrogatorem.

§. 8.

28) Haloander und Baudoza leſen acceperunt. Eben ſo Cod. Pand. Erlang.

29) Die *Baſilica* Tom. V. pag. 737. haben: Μὴ ἀποκρίνασθαι δὲ ἐστι, τὸ μὴ ἀκολούθως καὶ πρὸς ἔπος ἀποκρίνασθαι. i. e. *Non reſpondere autem eſt, convenienter et ad interrogatum non reſpondere.*

§. 8. Ex cauſa ſuccurri ei, qui interrogatus reſpondit, non dubitamus. Nam et ſi quis interrogatus, an patri heres eſſet, reſponderit; mox prolato teſtamento [30]) inventus ſit exheredatus: aequiſſimum eſt ſuccurri ei. Et ita CELSUS ſcribit. Hic quidem et alia ratione [31]), quod ea, quae poſtea emergunt, auxilio indigent [32]). Quid enim ſi occultae tabulae, et remotae, poſtea prolatae ſint? Cur noceat ei, qui id reſponderit, quod in praeſentiarum videbatur? Idem dico, et ſi, qui heredem ſe reſponderit, mox falſum vel inoſficioſum, vel irritum teſtamentum fuerit pronunciatum: non enim improbe reſpondit, ſed ſcriptura ductus.

*L.* 11. §. 10. *D. h. t.* Qui *iuſto errore* ductus, negaverit, *ſe heredem*, venia dignus eſt.

§. 11.

30) Die Taurelliſche, Charondaiſche und Gebauerſche Ausgabe leſen *probato teſtamento.* Allein die Leſeart *prolato*, welche Haloander, Hugo a Porta und mehrere haben, iſt vorzüglicher. Unſer Erl. Pandecten-Codex hat auch prolato. und hiermit ſtimmen auch die Baſiliken überein. In dieſen heißt es Tom. V. pag. 737. Ο ἐιπὼν κληρονομεῖν τȢ πατρὸς, ἐὰν ὕςερον Φανῇ ἀπόκληρος γεγονὼς, συγγινώσκεται. ἐικὸς γὰρ ἐλάνθανεν ἡ διαθήκη. i. e. *Qui ſe patris heredem dicit, ſi poſtea inventus ſit exheredatus, ei ſuccurritur: forte enim occultabantur teſtamenti tabulae.*

31) Baudoza lieſet hier richtiger *Id quidem et alia ratione contingit.* Gerade ſo hat auch Cod. Erlang.

32) Die *Baſilica* Tom. V. pag. 737. haben: ἐπὶ δὲ τοῖς μετὰ ταῦτα συμβαίνουσι βοηθοῦμεθα. i. e. *in his autem, quae poſtea accidunt, ſubvenitur nobis.*

§. 11. Sed et ſi quis ſine dolo malo, *culpa tamen* reſponderit, dicendum erit, abſolvi eum debere: *niſi culpa dolo proxima ſit.*

§. 12. *Celſus* ſcribit, *licere reſponſi poenitere*, ſi nulla captio ex eius poenitentia[33]) ſit actoris. Quod veriſſimum mihi videtur: maxime ſi quis poſtea plenius inſtructus quid faciat, inſtrumentis, vel epiſtolis amicorum iuris ſui edoctus[34]).

Seitdem alſo der Prätor ſein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht hatte[35]), kamen nun die außer-

gericht-

33) Ganz unrichtig lieſet hier die Haloandrine *praeſentia*, wie ſchon von AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. cap. 6. bemerkt worden iſt.

34) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 500. will dieſes Geſetz blos von dem Falle verſtehen, da der Beklagte nach der Litisconteſtation pönitiren will. Hier müſſe er darthun, daß er ſich wegen ſeines Geſtändniſſes in einem verzeihlichen Irrthum befunden habe. Vor der Litisconteſtation hingegen ſey ohne dieſen Beweis dem Beklagten die Reue unbedingt erlaubt. Allein er irrt. Das Geſetz kennt dieſen Unterſchied nicht. Sobald die Antwort erfolgt iſt, iſt auch die actio interrogatoria begründet. Dieſe hätte ja ſonſt nach Willkühr von dem Beklagten vereitelt werden können, wie WYBO c. lib. Cap. IX. pag. 134. ſehr gründlich gegen Faber erinnert hat.

35) HEINECCIUS in Opuſcul. poſtum. pag. 517 hat das Edict aus den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten auf folgende Art herzuſtellen geſucht: QUI IN IURE INTERROGATUS RESPONDERIT, QUA EX PARTE HERES BONORUMVE POSSESSOR SIT, ADVERSUS EUM EX SUA RESPONSIONE ACTIONEM DABO. ADVERSUS EUM, QUI OMNINO NON RESPONDERIT, IN SOLIDUM ACTIONEM DABO. Einen Commentar darüber findet man bey WYBO c. lib. Cap. V. pag. 60. ſqq. Man ſehe auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t.

gerichtlichen Interrogationen faſt ganz außer Gebrauch, theils weil der Beklagte nicht ſchuldig war, außer Gericht ſeinem Gegner zu antworten, theils weil Argliſt und Schikane dabey faſt unvermeidlich war, theils weil dem Fragenden immer noch ein Beweis oblag, daß die Antwort wirklich ſo erfolgt ſey, als der Kläger in ſeiner darauf gegründeten Klage angab. Eben deswegen kamen denn auch die ehemals auf dergleichen außergerichtlichen Interrogationen gegründeten actiones interrogatoriae außer Gebrauch. Dies ſcheint mir, wie auch Wybo [36]) behauptet, der eigentliche Sinn der ſehr beſtrittenen Stelle des Calliſtratus zu ſeyn, welche Anton Faber [37]), Wiſſenbach [38]), Schulting [39]), Heineccius [40]) und andere mehr, für ein pures Emblem des Tribonians halten wollen; ich meine die *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt:

*Interrogatoriis* autem *actionibus* hodie non utimur [41]): quia nemo cogitur *ante iudicium* de ſuo iure aliquid reſpon-

36) De interrogationib. in iure, lib. ſing. Cap. IV. pag. 51. ſqq. und in Triboniano ab Emblemat. Wiſſenbachii liberato Cap. II. §. 9. pag. 263. ſqq. (edit. *Halenſis* 1736. 8).

37) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 486.

38) Emblemat. Triboniani Cap. II. ad L. 1. §. 1. D. h. t. pag. 32. edit. *Halens.*

39) Theſium controverſar. Decad. XXXI. Th. 10.

40) Opuſc. poſtum. de Hiſtor. Edictor. pag. 551.

41) In den Baſiliken Lib. XLII. Tit. 4. T. V. pag. 734. fehlen dieſe Worte gänzlich. Es heißt bloß: Οὐ δεὶς ἀναγκάζεται πρὸ δικαςηρίου ἀποκρίνεσθαι περὶ τῦ ἰδίου δικαίου. i. e. *Nemo cogitur ante iudicium de ſuo iure reſpondere.*

ſpondere, ideoque minus frequentantur, et in deſuetudinem abierunt: ſed tantummodo ad probationes litigatoribus ſufficiunt ea, *quae ab adverſa parte expreſſa fuerint apud iudices*, vel in hereditatibus[42]), vel in aliis rebus, quae in cauſis vertuntur[43]).

Denn daß die interrogationes in iure ſo wenig, als die davon abhängenden actiones interrogatoriae, zu Juſtinians Zeiten außer Gebrauch gekommen waren, erhellet faſt aus jedem Geſetz dieſes Titels, welcher doch wohl gewiß, als bloße Antiquität, nicht würde in die Pandecten aufgenommen worden ſeyn. Ja in der *L. 22. D. h. t.* wird ſogar der *actio interrogatoria* ausdrücklich gedacht, und die Frage entſchieden, ob der von dem einem Gläubiger Befragte nicht auch mit dieſer Klage utiliter von andern Gläubigern belangt werden könne, welche ihn zwar nicht gefragt haben, deren Forderung aber doch auch von der ſich fälſchlich von dem Beklagten beygelegten Eigenſchaft abhängt? Scävola entſcheidet ſie auf folgende Art:

Procuratore Caeſaris ob debitum fiscale interrogante, unus ex filiis, qui nec bonorum poſſeſſionem acceperat, nec heres erat, reſpondit, ſe heredem eſſe:

42) Baudoza lieſet ut in hereditatibus. Eben ſo unſer Erlanger Pandecten Codex.

43) In den *Baſilic.* T. V. pag. 734. heißt es bloß: ἔν τε ταῖς κληρονομίαις, ἔν τε τοῖς ἄλλοις πράγμασιν. i e. *tam in hereditatibus, quam in aliis rebus* WYBO cit. libr. Cap. IV. pag. 56. erklärt die Worte: *quae in cauſis vertuntur*, ſo: in quibus eadem eſt cauſa. Allein mir ſcheinen die Worte vielmehr den Sinn zu haben, wo es auf einen Rechtsſtreit ankommt.

ſe: an *quaſi interrogatoria* creditoribus caeteris teneatur? Reſpondit, *ab his, qui in iure non interrogaſſent, ex reſponſo ſuo conveniri non poſſe.*

Es iſt hier von einem emancipirten Sohn die Rede welchen der Vater präterirt hatte [44]. Dieſer war nach dem ältern Recht kein Civilerbe. Er hatte aber auch nicht einmal die bonorum poſſeſſio erhalten. Dennoch gab er, auf geſchehenes Befragen eines fiskaliſchen Gläubigers, fälſchlich vor, er ſey ſeines Vaters Erbe geworden. Hier haftete er wegen ſeiner Lüge zwar dem Fragenden, allein nicht den übrigen Gläubigern, die ihn nicht gefragt hatten. Dieſe konnten ihn aus ſeiner Antwort nicht belangen, auch nicht einmal mit einer actio quaſi interrogatoria [45]. Wäre nicht dieſe ganze Entſcheidung unnütz geweſen, wenn zu Juſtinians Zeiten actiones interrogatoriae nicht mehr im Gebrauche geweſen wären?

Um nun aber die Natur der interrogatoriſchen Klagen näher kennen zu lernen, iſt es nöthig, zuvörderſt die wahre Beſchaffenheit und Wirkung der Interrogationen, worauf jene Klagen gegründet wurden, aus der römiſchen Gerichtsordnung darzuſtellen.

Hatte nämlich der Kläger nöthig, denjenigen, welchen er belangen wollte, über gewiſſe Puncte zu befragen,



44) S. WYBO c. libr. Cap. IX. pag. 130.

45) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. II. Err. 10. wo er dieſe Stelle ausführlich erklärt, ſagt: *Quaſi interrogatoria* eſt actio utilis ex interrogatione ab alio facta. Dieſe hatte darum nicht Statt, *quia per liberam perſonam alteri quaeri actio non poſſit.*

die er wiſſen mußte, um darnach ſeine Klage einzurichten, und ſolche ohne Gefahr anſtellen zu können; ſo mußte er ihn zuvörderſt vor Gericht fordern, oder fordern laſſen[46]. Denn außergerichtlich war nun Niemand mehr zu antworten ſchuldig. Aber vor Gericht mußte er erſcheinen, und auf die ihm dort vorgelegten Fragen antworten, widrigenfalls konnten gerichtliche Zwangsmittel gebraucht werden[47]. Die gewöhnliche Formel war: QUANDOQUIDEM TE IN IURE CONSPICIO, INTERROGO, ANNE LUCII TITII HERES SIS, ET EX QUOTA PARTE? oder POSTULO, ANNE FIAS AUCTOR[48]? Hielt es der Befragte nicht für rathſam, ſich ſogleich über die ihm vorgelegte Frage zu erklären, ſo konnte er um eine Bedenkzeit bitten[49]. Bat er darum nicht, oder die ihm geſtattete Bedenkzeit war verſtrichen, ſo erfolgte nun entweder die Antwort, oder nicht. In jenem Falle hatte der Gegner die Frage entweder bejahend oder verneinend beantwortet.

War die Antwort bejahend, ſo konnte nun der Kläger in Beziehung auf dieſelbe die Hauptklage gegen den Beklagten ohne Bedenken ſogleich anſtellen, ſein Geſtändniß mochte der Wahrheit gemäß ſeyn, oder nicht. Wenn alſo z. B.

46) *L. 1. §. 2. D. de inſpic. ventre.* Evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interrogari. *L. 3. Cod. de Procurat.*

47) *L. 1. §. 3. D. de inſpic. ventre.* Cogenda igitur erit remediis Praetoris et in ius venire, et, ſi venit, reſpondere.

48) CICERO *pro Caecinna* cap. 19. AUCTOR heißt hier ille, a quo ius meum perſequi debeam. S. WYBO cit. libr. Cap. 6. und meine *Opuſcula* Faſcic. II. pag. 326.

49) *L. 5. L. 6. D. h. t. L. 1. §. 12. in fin. D. de ſucceſſor. edicto.*

z. B. der Kläger gefragt hatte, ob ſein Gegner des Titius, ſeines Schuldners, Erbe geworden ſey, und dieſer hatte die Frage bejahet; ſo konnte nun der Kläger auf folgende Art klagen: QUANDOQUIDEM AIS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, AIO TE EX L. TITII HEREDITATE MIHI EX MUTUO CENTUM DARE OPORTERE[50]). Hatte er auch gelogen, und ſich fälſchlich für den Erben ausgegeben, der er doch nicht war, ſo haftete er nun für ſeine Lüge als ein ſolcher, der ſich muthwillig zum Beklagten aufgeworfen, und einen Rechtsſtreit übernommen hat, welcher ihn eigentlich nichts angieng. Die Folge dieſer oblatio ad litem war, daß nun der Beklagte, wenn der Kläger in der Hauptſache die Richtigkeit ſeiner Forderung bewies, eben ſo zur Bezahlung verurtheilt werden konnte, als wenn er wirklich der vorgegebene Erbe wäre[51]). Es gehören hierher folgende Stellen.

*L.* 11. §. 1. *D. h. t.* Si quis, cum heres non eſſet, interrogatus reſponderit, ex parte heredem eſſe, ſic convenietur, atque ſi ex parte heres eſſet. Fides enim ei contra ſe habebitur.

*L.* 11. §. 2. *D. eodem.* Qui ex quadrante heres vel omnino, cum heres non eſſet, reſponderit, ſe heredem ex aſſe, *in aſſem inſtituta actione convenietur.*

R 3 Pro

50) S. WYBO cit. libr. Cap. 9. pag. 134. und HOMMEL cit. Progr pag. 9.

51) Daß eine oblatio ad litem auch bey perſönlichen Klagen ſowohl, wie bey dinglichen, Statt haben könne, iſt ſchon an einem andern Orte bemerkt worden. S. den 6. Theil dieſes Commentars §. 530. S. 469. Man ſehe auch *Aem. Lud.* HOMBERGK zu *Vach* Diſſ. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746. §. 30.

Pro iudicato konnte hingegen der Befragte auch wegen ſeiner bejahenden Antwort nicht gleich gehalten werden. Denn die Interrogationen bereiteten nur den Rechtsſtreit vor, und waren qualitates adjectitiae der Hauptklage [52]). Hatte z. B. der Gefragte geantwortet, der Sklave gehöre ihm zu, der den Schaden gethan hatte, ſo haftete er darum noch nicht gleich zum Schadenserſatz, ſondern ſein Gegner konnte nun die actio Legis Aquiliae interrogatoria gegen ihn, als vorgeblichen Eigenthümer, anſtellen, wenn er es auch nicht war, und der wahre Eigenthümer ward dadurch von allem weitern Anſpruche frey, wenn der Beklagte den Schaden erſetzt hatte.

*L.* 8. *D. h. t.* Si quis interrogatus de ſervo, qui damnum dedit, reſpondit, ſuum eſſe ſervum: *tenebitur Lege Aquilia*, quaſi dominus; et ſi cum eo actum ſit, qui reſpondit, *dominus ea actione liberatur.*

Antwortete hingegen der Befragte verneinend, ſo fand ein ganz anderes Rechtsverfahren nach der römiſchen Gerichtsordnung Statt. Jetzt trat der Prätor ein, deſſen Decret folgenden Inhalts war: SI NEGAT, SACRAMENTO QUAERITO [53]). *Sacramentum* hieß in der römiſchen Pro-

52) Das Edict *de Interrogationibus*, und das Edict *de Confeſſis* waren zwey ganz verſchiedene Edicte, welche *Hieron.* TREUTLER Selectar. Diſputat. Vol. I. Diſputat. IV. Th. 1. Lit. D. fälſchlich mit einander vermiſcht hat. S. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 4. ſq.

53) S. WYBO de interrogationib. in iure Cap. VII. pag. 103. ſqq. und meine *Opuscula* Faſcic. II. pag. 381. *Sacramento quaerere* hieß aber ſoviel, als ad certam ſpondendam pecuniam reum provocare, ni ita eſſet. S. HEINECCII Syntagma Antiquitat. Rom. iurisprud. illuſtrant. Lib. IV. Tit. 6. §. 25.

Prozeßordnung eine beſtimmte Geldſumme, von 50 bis 500 aſſes, welche die ſtreitenden Theile, vermöge einer gegenſeitigen Sponſion, bey den Pontifizen deponirten, und der verlierende Theil dem geiſtlichen Aerarium zurücklaſſen mußte[54]. Zu dieſer *Sponſio ſacramenti* forderte nun der Kläger den Beklagten folgendermaßen auf: QUANDOQUIDEM NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, TE SACRAMENTO QUINQUAGENARIO PROVOCO, SPONDESNE TE DATURUM QUINQUAGINTA, SI HERES SIS? Der auf dieſe Art aufgeforderte Gegner antwortete: SPONDEO QUINQUAGINTA, SI HERES SIM. Hierauf geſchahe eine Reſtipulation, nämlich der letztere fragte nun wieder den Kläger: TU VERO SPONDESNE IDEM, NI SIM? Die Antwort des Klägers war: ET EGO QUOQUE SPONDEO[55]? Der Kläger mußte nun zuvörderſt beweiſen, daß der Befragte des verſtorbenen Titius Erbe wirklich geworden ſey, ehe er ſeine Klage gegen ihn anſtellen konnte. Hatte der Kläger dieſen Beweis geführt, ſo war die Folge des gegneriſchen Läugnens die, daß er nicht nur die als Sacrament ſtipulirte Summe verlohr, ſondern nun auch auf die Bezahlung der ganzen Schuld ſeines Erblaſſers belangt werden konnte, wenn er gleich nur Erbe zu einem gewiſſen Antheile war[56]. Dieſelbe Strafe hatte Statt, wenn der



54) S. FESTUS in voc. *Sacramentum.* edit. *Andr.* DACERII pag. 469. und VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. und beſonders *Io. Frid.* SCHREITER Diſſertat. Sacramentorum in veteris Romae iudiciis ſolemnium Antiquitates. *Lipſiae 1740.*

55) SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. WYBO c. l. pag. 105. und HEINECCIUS c. l.

56) WYBO c. l. pag. 97. ſq.

Beklagte fälſchlich einen geringern Theil der Erbſchaft angab, als er wirklich hatte.

*L.* 11. § 3. *D. h. t.* Si cum eſſet quis ex ſemiſſe heres, dixerit ſe ex quadrante: mendacii hanc poenam feret, *quod in ſolidum convenitur.* Non enim debuit mentiri, dum ſe minoris portionis heredem adſeverat.

Bey Noxalklagen beſtand die Strafe des Läugnens darin, daß der Beklagte nun den Schaden ſchlechterdings erſetzen mußte, und das Recht der noxae datio verlohr.

*L.* 1. § 15. *D. Si quadrupes pauper. feciſſe dicat.* Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, *ſed etiam in ſolidum*: utputa, ſi in iure interrogatus, *an ſua quadrupes eſſet*, reſponderit, *non eſſe ſuam.* Nam ſi conſtiterit eſſe eius, *in ſolidum condemnabitur.*

*L.* 17. *D. h. t.* Si ſervus non ſit unius, ſed plurium, et omnes mentiti ſunt, *eum in ſua poteſtate non eſſe*, vel quidam ex illis; aut dolo fecerunt, quominus ſit in poteſtate: *unusquisque illorum tenebitur in ſolidum*; quemadmodum tenerentur, ſi haberent in poteſtate [57]).

Gab

57) Dieſe letztern Worte ſind etwas dunkel, und werden von den Auslegern ſehr verſchieden erklärt. Accurſius ſupplirt nach haberent in poteſtate, die Worte: *et negarent.* Allein dies paßt ganz und gar nicht. Denn auf ſolche Art wäre ja nur das Nämliche noch einmal geſagt, alſo idem per idem erklärt. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. will daher vielmehr folgendes ſuppliren: *nec vellent noxae dedere.* Denn wenn der Eigenthümer, welcher den Sclaven geſtändlich in ſeiner Gewalt hatte, denſelben nicht zum Schadensersatz überlaſſen wollte,

Gab der Befragte aus Ungehorſam gar keine Antwort, ſo wurde er zur Strafe als ein ſolcher behandelt, welcher die Frage bejahet habe, und konnte nun eben ſo, wie derjenige, welcher wider beſſeres Wiſſen geläugnet hatte, auf das Ganze belangt werden [58]). Eben dies

wollte, ſo haftete er immer in ſolidum. *L. 22. §. 3. D. de noxal. action.* POTHIER in Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. X. Not. b. pag. 328. ſtimmt der Faberſchen Erklärung bey, und ſtellt ſich die Sache auf folgende Art vor. *Qui mentitur*, ſagt er, *ſe non habere ſervum, aut qui dolo deſiit eum habere, ambo nolunt eum noxae dedere; ideo enim is mentitur, ille deſinit habere, ne noxae dedant; ergo aeque debent ſolidam litis aeſtimationem praeſtare, atque illi, qui ſervum poſſident, nec eum volunt noxae dedere.* Allein richtiger erklärt WYBO cit. libr. Cap. VII. pag. 98. ſqq. die letztern Worte der *L. 17. h. t.* von dem Falle, wenn diejenigen, welche für die Eigenthümer des ſchädlichen Sklavens gehalten wurden, ſolches, auf Befragen, argliſtig bejahet hatten. Dieſe hafteten nun, als wären ſie wirkliche Eigenthümer, und zwar, da ſie den Sklaven nicht noxae cauſa überlaſſen konnten, in ſolidum. Gerade ſo werden auch bey der actione de pauperie beyde Fälle, da der Nichteigenthümer das ſchädliche Thier, auf Befragen vor Gericht, für das ſeinige ausgegeben, und da der Eigenthümer argliſtig geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre, *L. 7. D. h. t.* und *L. 1. §. 15. D. Si quadrupes* zuſammengeſtellt. Denn daß beyde Fragmente, welche aus dem nämlichen *Libro 18. Ulpiani ad Edictum* genommen ſind, zuſammengehören, und gleichſam uno ſpiritu zu leſen ſind, hat *Henr.* BRENCMANN in Diſſ. de Legum inſcriptionibus §. 10. in fin. (bey *Ab.* WIELING in *Iurisprud. reſtituta.* P. II. pag. 157.) ſehr richtig bemerkt.

58) Man vergleiche hier wieder vorzüglich *Io.* WYBO libr. cit. de interrogat. in iure. Cap. X. pag. 149. ſqq. Mit ihm ſtimmen auch überein VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. *Aemil. Lud.*

dies galt auch, wenn er auf die Frage nicht paſſend, oder ſo dunkel geantwortet hatte, daß der Fragende dabey in der vorigen Ungewißheit blieb. Denn die Strafe war die nämliche, ob der Befragte läugnete, oder gar nicht antwortete, oder eine dunkle oder unpaſſende Antwort gab. Der Unterſchied beſtand blos in dem rechtlichen Verfahren. Denn ſchwieg der Befragte, ohne auf die ihm vorgelegte Frage einige oder eine paſſende Antwort zu geben, ſo fiel hier Sponſio ſacramenti weg, welche im Falle eines böslichen Läugnens Statt hatte, und der Kläger konnte nun die Klage ſogleich auf das Ganze anſtellen, ohne daß ihm ein weiterer Beweis oblag, daß der Beklagte diejenige Qualität wirklich habe, welche die Anſtellung ſeiner Klage vorausſetzte. Die Klage ſelbſt lautete in dem römiſchen Gerichtsſtyle ohngefähr ſo: QUANDO NEQUE AIS, NEQUE NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, ADEOQUE PRAETOREM CONTEMNIS; AIO TE MIHI CENTUM EX LUCII TITII HEREDITATE DARE OPORTERE[59]). Hieraus erklären ſich nun folgende von vielen[60]) mißverſtandene Geſetzſtellen.

*L.* II.

*Lud.* HOMBERGK ZU VACH in Diſſ. de oblatione ad litem. §. 19. und THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

59) WYBO cit. loc. pag. 162.

60) Z. B. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 11. §. 4. D. h. t. *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XXII. cap. 27. *Ant.* SCHULTING Theſ. controvers. Decad. XXXI. Th. 6. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. behaupten, der aus Ungehorſam Nichtantwortende ſey nach *L. 11. §. 4. D. h. t.* als Leugnender zu behandeln, und der Kläger zum Beweis zuzulaſſen. Allein die *L. 11. §. 4. h. t.* ſagt mit keinem Worte, daß der Schweigende pro negante zu halten ſey, ſondern er ſey

als

*L. 11. §. 4. D. h. t.* Qui TACUIT quoque[61]) apud Praetorem, in ea cauſa eſt, *ut inſtituta actione in ſolidum* als contumax zu behandeln, und daher ſein Schweigen gegen ihn zu erklären. Müßte er als ein Leugnender behandelt werden, ſo könnte die Klage nicht gleich auf das Solidum gegen ihn Statt finden, wie doch das Geſetz will, ſondern der Kläger müßte zuvörderſt den Beweis des als abgeleugnet angenommenen führen. Dies braucht aber in dieſem Falle der Kläger nicht. Nur die Strafe des Ungehorſams bey dem Schweigen iſt der Strafe des boshaften Abläugnens gleichgeſetzt. Daß außerdem der aus Ungehorſam nicht Antwortende als Geſtändiger in Anſehung der ihm gemachten Frage zu behandeln ſey, ſetzt die *L. 18. §. 2. D. de probat.* außer Zweifel. Interrogationis factae probationem, ſagt daſelbſt Ulpian, actori imponi debere, id eſt, ei, qui in iure interrogatum dixit reſpondiſſe, ſe ſolum heredem eſſe: vel, *ſi tacuiſſe dicatur interrogatus*, aeque tantundem erit dicendum, *impoſita probatione, non ei, qui excepit, ſe non reſpondiſſe, ſed actori*; ſo ſind die letztern Worte nach Baudoza zu leſen, ſtatt der fehlerhaften florentiniſchen Leſeart: *impoſitam improbationem*, welche keinen Sinn hat. Eben ſo, wie Baudoza, lieſet auch unſer Erlanger Codex. Wozu nun dieſer Beweis, wenn nicht der Schweigende als ein ſolcher anzuſehen wäre, der die Frage bejahet hat? S. WYBO Cap. X. pag. 153. ſqq.

61) LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. hält das *quoque* für ein ineptum gloſſema, welches weggeſtrichen werden müſſe. Es fehlt auch bey Haloander, und Baudoza. Bey Ruſſard und Gothofredus aber iſt es eingeklammert. Allein das *quoque* hat hier einen ganz richtigen Sinn nach der florentiniſchen Leſeart, mit welcher auch unſer Erlanger Codex übereinſtimmt. Es ſoll nämlich das Vorhergehende mit dem Nachfolgenden verbinden, und anzeigen, daß hier ein ſolcher Fall anzunehmen ſey, wo der Schweigende wirklich nicht heres ex aſſe iſt, wofür er nun wegen ſeines Ungehorſams ange-

*dum conveniatur*, quaſi negavit ſe heredem eſſe. *Nam qui omnino non reſpondit, contumax eſt.* Contumaciae autem poenam hanc ferre debet, *ut in ſolidum conveniatur*, quemadmodum ſi negaſſet; quia Praetorem contemnere videtur.

L. 11. §. 5. *D. eodem.* Quod autem ait Praetor: *Omnino non reſpondiſſe*, poſteriores ſic exceperunt, ut omnino non reſpondiſſe videatur, *qui ad interrogatum non reſpondit.*

*L.* 11. §. 7. *D. eodem.* Nihil intereſt, *neget* quis, an *taceat* interrogatus, an *obſcure reſpondeat*, ut incertum dimittat interrogatorem.

So konnte ſich alſo der vor Gericht Befragte durch ſeine Antwort oder Nichtantwort eine Verbindlichkeit zuziehen, welche der dem Gegner zuſtehenden Hauptklage die neue Eigenſchaft gab, daß ſie nun entweder gegen den Befragten in einem Falle angeſtellt werden konnte, wo ſie ſonſt gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, oder auch nun auf Mehreres gerichtet werden konnte, als ſonſt der Beklagte hätte leiſten dürfen, ohne daß der Kläger wegen dieſer pluris petitio einigen Nachtheil zu befürchten hatte. Von dieſer adiectitia qualitas bekam jetzt die Klage den Beyſatz *interrogatoria.* Z. B. wenn derjenige, welchen ich gefragt hatte, ob er meines Schuldners, des verſtorbenen Titius, Erbe geworden ſey, dieſes bejahete, oder

angeſehen wird. Denn ſonſt wäre es keine Strafe. Dieſe war aber nun für den Beklagten empfindlich genug, wenn er, als heres ex parte, jetzt die ganze Schuld des Erblaſſers bezahlen mußte. S. WYBO cit. libr. Cap. X. pag. 153.

oder ſchwieg, ſo klagte ich nun geradezu gegen ihn mit der *actio mutui interrogatoria* auf die Bezahlung der ganzen Schuld, wenn er auch gleich gar nicht Erbe oder nicht heres ex aſſe war; oder wenn bey der actio de pauperie der Beklagte war gefragt worden, ob ihm das ſchädliche Thier gehöre, und er hatte die Frage fälſchlich bejahet, ſo bekam die Klage nun noch das *ἐπίθετον interrogatoria* [62]). Gründete ſich dieſe Klage auf eine bejahende Antwort oder Geſtändniß des Befragten, ſo erhielt ſie auch den Beyſatz *confeſſoria* [63]). Es ergiebt ſich hieraus Folgendes.

1) Die *actio interrogatoria* oder *confeſſoria* iſt an ſich keine eigene Klage, ſondern nur Qualität einer andern Hauptklage, und läßt ſich daher ohne das Daſeyn einer andern Hauptklage, welche dadurch eine geſetzliche Modification erhält, gar nicht gedenken [64]). **Joh. Robert** [65]) und **Georg Frantzke** [66]) irren daher offenbar, wenn ſie behaupten, daß die bloße Antwort des vor Gericht Befragten ſchon an ſich eine Klage habe begründen können, wenn auch ſonſt keine andere Klage Statt hatte. Sie ſetzen ſogar darin den Grund, warum die actiones interrogatoriae in der Folge außer Gebrauch gekommen wären, weil man ein ſolches Rechtsverfahren für unbillig gehalten habe. Ich will hier nur den Frantzke reden laſſen, damit man ſieht, daß ich ihm hierin nichts ohne Grund

62) S. HOMMEL Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 12.

63) *L. 23. §. ult. L. 25. §. 1. D. ad Leg. Aquil.*

64) S. WYBO libr. cit. Cap. I. pag. 13. ſqq.

65) Sententiar. iuris Lib. IV. Cap. 18.

66) Commentar. in viginti et unum libr. Pandectar. h. t. nr. 12.

Grund zur Laſt lege. Er ſagt nämlich: Sed poſtquam ſequentibus temporibus Praetori, et aliis ius reddentibus iniquum videretur, ut vel is, qui nullam haberet ab initio actionem, eam ſibi nulla praecedente obligatione vel iure quaeſito ex hac interrogatione pararet, vel, qui quidem haberet, captata tamen interrogandi occaſione media probationum a reo expiſcaretur, et in ſuum commodum adverſus reum converteret, actiones hae in deſuetudinem abierunt. Allein dieſe Anſicht iſt ganz offenbar unrichtig. Hatte der Fragende keine Klage, ſo konnte auch der, welcher fälſchlich geantwortet, und abſichtlich gelogen hatte, mit keiner actio interrogatoria belangt werden, wie **Paulus** ganz deutlich lehrt, wenn er *L.* 13. *pr. D. h. t.* ſagt:

Confeſſionibus falſis reſpondentes, ita obligantur, ſi eius nomine, de quo quis interrogatus ſit, *cum aliquo ſit actio:* quia quae cum alio actio eſſet, ſi dominus eſſet, in noſmet confeſſione noſtra conferemus. Ueberhaupt wurde,

2) wenn die actio interrogatoria Statt haben ſollte, als nothwendige Bedingung erfordert, daß die Antwort des Befragten nichts enthielt, was entweder der Natur der Sache, oder ſonſt anerkannten Rechtsgrundſätzen entgegen ſtritte, ſonſt verpflichtet auch eine falſche Antwort nicht. Denn auch die Lüge darf nichts phyſiſch oder moraliſch unmögliches enthalten. **Paulus** hat dieſen Umſtand ausdrücklich bemerkt, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* ſagt:

Et ſi eum, qui in poteſtate patris eſſet, reſpondiſſem, *filium meum eſſe*, ita me obligari, ſi aetas eius pateretur, ut filius meus eſſe poſſit: *quia falſae confeſ-*

*ſiones*

*ſiones naturalibus convenire debent*[67]): propter quae fiat, ut patrisfamilias nomine reſpondendo, non obliger. Eum, qui patremfamilias, *ſuum eſſe* reſponderit *ſervum*, non teneri noxali actione: ac ne ſi bona fide liber homo mihi ſerviat, mecum noxali iudicio agi poteſt: et ſi actum fuerit, manebit integra actio cum ipſo, qui admiſit.

Eben dies beſtärkt auch Javolen *L.* 14. *D. eod.* wo es heißt:

Si is, cuius nomine noxae iudicium acceptum eſt, manente iudicio[68]) liber iudicatus eſt, reus abſolvi debet: nec quidquam interrogatio in iure facta proderit: quia eius perſonae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre non poteſt in eum, qui in iure ſuum eſſe confitetur; velut alienum ſervum, ſuum eſſe confitendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non eſt, ne per interrogationem quidem aut confeſſionem transferri poterit. Quo caſu eveniet, ut non recte hominis liberi nomine actum ſit cum eo, qui confeſſus eſt.

§. 1. *In totum autem confeſſiones ita ratae ſunt, ſi id, quod in confeſſionem venit, et ius et naturam recipere poteſt*[69]).

Ulpian

67) So hat Baudoza, und eben ſo Haloander. Die Florentine hingegen lieſet *deberent.* Allein jene Leſeart, mit der auch unſer Erlanger Codex übereinſtimmt, verdient unſtreitig den Vorzug. S. LEONINUS Emendation. Lib. III. Cap. 9.

68) I. e. pendente iudicio noxali. S. WYBO cit. libr. Cap. IX. pag. 143.

69) In den *Baſilic.* Tom. V. pag. 739. heißt es: *αἱ γὰρ καταθέσεις τότε ἔῤῥωνται, ὅτε καὶ τῷ νόμῳ καὶ τῇ φύσει συμβαίνουσιν,* i. e.

Ulpian erläutert dieſes noch *L.* 16. *D. h. t.* durch folgendes Beyſpiel:

Si ſervus ab hoſtibus captus ſit, de quo quis in iure interrogatus reſponderit, *in ſua poteſtate eſſe:* quamvis iura poſtliminiorum poſſint efficere dubitare nos [70]), attamen non puto locum eſſe noxali actioni: quia non eſt in noſtra poteſtate.

§. 1. Quanquam autem placet, etiam eum teneri, qui alienum ſervum ſuum eſſe faſſus eſſet, attamen rectiſſime placuit, eum demum teneri, *qui ſuum potuit habere.* Caeterum, *qui dominium quaerere non potuit* [71]), non teneri.

Hier-

i. e. *confeſſiones enim tunc ratae ſunt, cum et iuri et naturae conſentaneae ſunt.*

70) So lieſet die Florentine und Haudoza. Haloander hingegen hat: *quamvis iure poſtliminium poſſit interim nos efficere dubitare.* Dieſer Leſeart giebt vorzüglich AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2. ſeinen Beyfall. Der Erlanger Codex hat für *efficere*, interim reficere, welches aber gar keinen Sinn hat. Die florentiniſche Leſeart iſt wohl hier die richtigſte, für welche noch insbeſondere das Zeugniß des Scholiaſten ad *Baſilica* Lib. XLII. Tit. 4. Tom. V. pag. 744. not. c. ſpricht, welcher hier folgende Bemerkung macht: Εἰ γὰρ καὶ τὸ δίκαιον τοῦ ποςλιμινίου ποιει ἀμφιβάλλειν ἡμᾶς, μήποτε ὀφείλομεν κατέχεσθαι ὑπὲρ αὐτοῦ, ὅμως ἤρεσεν μὴ κατέχεσθαί με τῇ νοξαλίᾳ· ἐπειδὴ μὴ ἐςιν ὑπὸ τὴν χεῖρά μου. i. e. *Quamvis enim ius poſtliminii poſſit efficere dubitare nos, numquid pro eo teneamur, tamen placuit, me noxali non teneri, quia in poteſtate mea non eſt.*

71) Accurſius giebt hier ein erbauliches Beyſpiel zur Erläuterung: *Si Iudaeus mancipium chriſtianum ſuum eſſe reſpondit.* Sicher hätte ſich der große Ulpian hierüber halb tod gelacht!

Hiermit iſt noch die *L.* 23. §. *fin. D. ad Legem. Aquil.* zu verbinden, wo **Ulpian** ſagt:

Si quis hominem vivum falſo confiteatur occidiſſe, et poſtea paratus ſit oſtendere, hominem vivum eſſe; *Iulianus* ſcribit, ceſſare Aquiliam: quamvis confeſſus ſit ſe occidiſſe. Hoc enim ſolum remittere actori confeſſoriam actionem, ne neceſſe habeat docere, eum occidiſſe. Caeterum occiſum eſſe hominem a quocunque oportet.

Eben dieſes gilt auch in dem Falle, wenn der Nichtantwortende zur Strafe ſeines Ungehorſams als Geſtändiger behandelt wird. Hieraus erklärt ſich die ſo ſehr mißverſtandene *L.* 12. *pr. D. h. t.* wo **Paulus** ſagt:

Si filius, qui abſtinuit ſe paterna hereditate, in iure interrogatus reſponderit, *ſe heredem eſſe*, tenebitur: nam ita reſpondendo, *pro herede geſſiſſe videtur.* Sin autem filius, qui ſe abſtinuit, *interrogatus tacuerit*, ſuccurrendum eſt ei: *quia hunc, qui abſtinuit, Praetor non habet heredis loco.*

**Cujaz**[72]) giebt uns von dieſer Stelle folgende Erklärung: „Filium, qui patri ſuus heres extitit, beneficio Praetoris ſi abſtinuerit ſe hereditate paterna, et poſtea interrogatus apud Praetorem, an patri defuncto heres eſſet, reſponderit, ſe heredem eſſe, PAULUS ait in *L.* 12. *h. t.* ex ſuo mendacio teneri in ſolidum, perinde atque ſi pro herede geſſiſſet, non abſtinuiſſet ſe. Non dicit, eum, qui ſemel abſtinuit ſe, poſtea pro herede gerere, quae variatio etiam non

72) Obſervation. Lib. XXII. cap. 27.

non admittitur, ſed eum, qui poſt abſtentionem apud Praetorem reſpondit, ſe heredem eſſe, perinde teneri, ac ſi ſe non abſtinuiſſet, ſed pro herede geſſiſſet; teneri ex ſua reſponſione, ex ſuo mendacio. — Qui enim apud Praetorem poſt abſtentionem dixit, ſe heredem eſſe, Praetori mentitus eſt, quia Praetori non eſt heres."

„An idem dicemus, ſi interrogatus apud Praetorem, *an heres eſſet*, tacuerit, ut ſcilicet teneatur in ſolidum? quod videtur, quia in ea cauſa eſt, ut *negaſſe* videatur. *L.* 11. §. 4. *et* 7. *D. h. t.* Filius enim, qui ſe abſtinet hereditate paterna, et interrogatus, an heres ſit, tacet, *negaſſe videtur ſe heredem eſſe;* quod quia falſum eſt, iure enim civili heres manet, etiam qui abſtinuit ſe, ideo in ſolidum teneri videtur. At recte PAULUS ait, ei ſuccurrendum eſſe, ne teneatur, quia et ſi taciturnitas eius *pro negatione* habeatur, verum eſt, apud Praetorem eum heredem non eſſe. Praetori itaque non mentitur, qui apud eum interrogatus, poſteaquam ſe abſtinuit, an heres ſit, tacet, quod eſt tacendo negat."

„At idem, qui ſe abſtinuit, ſi apud Praetorem adfirmet, ſe heredem eſſe, ſane Praetori mentitur, et ideo hic tenetur in ſolidum, ille non item."

Allein der große Cujaz ſcheint mir die Sache aus einem ganz falſchen Geſichtspunct angeſehen zu haben. Wenn ein ſuus heres, der ſich von der väterlichen Erbſchaft loßgeſagt hatte, nachher dennoch den Gläubigern auf ihr Befragen vor Gericht antwortet, er ſey Erbe ſei-

nes

nes Vaters, wie kann man dieſe Aeußerung für eine Lüge erklären? Das Geſetz ſagt ja kein Wort davon; ſondern ſetzt den Grund, aus welchem nun der Interrogatus den Gläubigern haſte, darin, *quod, ita reſpondendo, pro herede geſſiſſe videatur.* Und dies iſt auch ganz richtig, denn einem ſuus heres, welcher abſtinirt hatte, war es ja nach dem ältern Recht noch immer erlaubt, die Erbſchaft, von welcher er ſich loßgeſagt hatte, wieder zu übernehmen, ſo lange die Güter noch nicht veräußert waren, und er bedurfte, um die Erbſchaft wieder zu erhalten, nicht einmal der Reſtitutions-Wohlthat[73]). Mit Recht haftete alſo der ſuus heres aus ſeiner Antwort, er ſey Erbe ſeines Vaters, den Gläubigern, weil ſeine Erklärung nicht dem Recht entgegenſtritte, ſondern vielmehr als geſetzmäßig und alſo mit Recht pro herede geſtione angenommen werden konnte. *Etenim quamquam eum*, ſagt Anton Faber[74]), *qui ſe abſtinet, non habet Praetor heredis loco, id tamen intelligi debet, quamdiu ſe abſtinet, non etiam, ſi poſt abſtentionem rurſus velit ſe immiſcere, ac pro herede gerere. Permittitur enim illi, ut poſt abſtentionem ſe immiſceat, ſive maior ſit, ſive minor, quamdiu omnia ſunt integra, necdum vendita ſunt bona.*

Ganz anders verhielt ſich die Sache, wenn der ſuus heres, welcher abſtinirt hatte, dem Gläubiger, der ihn fragte, ob er Erbe ſey, nicht antwortete. Hier konnte der Prätor den Schweigenden nicht als Geſtändigen oder Bejahen-



73) *L. 8. D. de iure delib. L. ult. Cod. de repud. vel abſtin. hered.* S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diſſ. de ſuo herede ab hereditate ſe abſtinente Cap. II. §. 17. (in *Electis iuris civ.* Tom. I. Exercit. IV. pag. 115. ſq.)

74) Rational. in Pandect. ad h. L.

jahenden behandeln, weil er ſonſt mit ſich ſelbſt im Widerſpruch geweſen wäre, da er den ſuus heres, welcher einmal abſtinirt hatte, in Abſicht auf die erbſchaftlichen Laſten, nicht mehr für einen Erben hielt. Er konnte aber auch eben ſo wenig als ein Läugnender angeſehen werden. Denn ſonſt hätte dem Fragenden der Beweiß des Gegentheils müſſen aufgelegt werden. Wie hätte denn aber derſelbe beweiſen können, daß der Befragte Erbe geworden ſey, da dieſer von der Erbſchaft abſtinirt hatte? Der Befragte konnte alſo hier aus ſeinem Stillſchweigen auf keine Weiſe verbindlich werden. Dieſen richtigen Sinn unſers Fragments beſtätigen auch die Baſiliken[75]), in welchen es ſo lautet. Ο ἀποστὰς τῆς αὐτοῦ πατρὸς κληρονομίας, ἐὰν ἐν δικαστηρίῳ ἐρωτηθεὶς εἴπῃ κληρονομεῖν, ἐνέχεται: δοκεῖ γὰρ διὰ τουτου χειρίσαι τὰ τῆς κληρονομίας. εἰ δὲ σιωπήσῃ, οὐκ ἐνέχεται. i. e. *Si filius, qui abſtinuit, ſe paterna hereditate; in iure interrogatus, reſponderit, ſe heredem eſſe, tenetur: nam ita pro herede geſſiſſe videtur: ſin autem tacuerit, non tenetur.*

3) Aus dem Vorigen ergiebt ſich weiter, daß bey der actio interrogatoria alles auf den Beweis der Hauptklage ankam. Konnte dieſe nicht bewieſen werden, oder ſtanden dieſer peremtoriſche Einreden entgegen, ſo konnte den Beklagten auch ſeine falſche Antwort nicht verdammen, etwas zu bezahlen, was der Kläger nicht zu fordern hatte. Wenn alſo der Klage die exceptio pacti de non petendo, oder exceptio rei iudicatae, oder die exceptio praeſcriptionis entgegenſtand, ſo konnte ſich auch derjenige, welcher aus ſeiner Antwort belangt wurde, dieſer Einreden

75) Tom. V. pag. 738.

den bedienen, welche der wahre Beklagte würde opponirt haben. Denn er lud durch ſein Geſtändniß die fremde Klage auf ſich. Quae cum alio actio eſſet, ſagt Paulus[76]), *in noſmet confeſſione noſtra conferemus*. Hieraus leitet er nun *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* die ganz richtige Folge her:

Exceptionibus, quae inſtitutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti poteſt, *qui ex ſua reſponſione convenitur*: veluti pacti conventi, rei iudicatae et caeteris.

4) Man behauptet faſt allgemein, daß ſich die actio interrogatoria auf einen Quaſi-Contract gründe[77]). Dafür ſoll Frage und Antwort gelten. Denn der Befragte werde blos aus ſeiner Antwort verbindlich, er möge die Wahrheit geſagt, oder gelogen haben. Alle berufen ſich auf den Ausſpruch Ulpians *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* welcher ſagt:

Qui interrogatus reſponderit, ſic tenetur, *quaſi ex contractu obligatus*, *pro quo pulſabitur*, dum ab adverſario interrogatur. Sed et ſi a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas: ſed ipſius reſponſum, ſive mendacium.



76) *L.* 13. *D. h. t.*

77) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 252. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXI. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. HEINECCIUS in Opuſcul. poſtum. de hiſtor. Edictor. pag. 520. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 19. et Cap. V. pag. 84. HOMMEL cit. Progr. pag. 11. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. u. a. m.

Nur Joh. Ortwin Weſtenberg [78]) verwirft dieſe Meinung, und Chriſt. Gottl. Hübner [79]) nimmt eine conventio tacita zum Grunde an. Allein offenbar redet das Geſetz von einem ſolchen Falle, da Jemand wegen eines geſchloſſenen Contracts befragt worden, und der Befragte dieſes bejahet hat, ohnerachtet er den Contract wirklich nicht geſchloſſen hatte. Blos in dieſem Falle wird er durch ſeine lügenhafte Antwort eben ſo verbindlich, als ob er den Contract wirklich geſchloſſen hätte. So verſteht dieſe Stelle auch Anton Faber [80]). Der Beweis für die Richtigkeit dieſer Erklärung liegt erſtens in dem Geſetz ſelbſt. Denn darin wird geſagt, es ſey gleichviel, ob derjenige, welcher aus ſeiner Antwort belangt wird, vom Prätor oder vom Gegner gefragt worden ſey, der Grund ſey in dem einem Falle, wie in dem andern derſelbe, nämlich *reſponſum ſive mandacium interrogati.* Wie konnte denn nun die vom Prätor geſchehene Frage einen Quaſi-Contract bewirken? Für jene Erklärung ſprechen zweytens die Baſiliken [81]), in welchen unſere Stelle folgendermaßen lautet: Ὁ ἐρωτηθεὶς καὶ ἀποκρινόμενος ἐνέχεται ὡς ἀπὸ τοῦ πρωτοτύπου συναλλάγματος. Ἡ ἐρώτησις τοῦ Πραίτωρος οὐδὲν ποιεῖ, ἀλλ' ἡ ἀπόκρισις, ἢ τὸ ψεῦδος αὐτοῦ τοῦ ἀποκρινομένου. i. e. *Qui interrogatus reſponderit, tenetur quaſi ex principali contractu. Interrogatio Praetoris*

78) De cauſis obligationum Diſſertat. II. §. 24—26. in *Operib.* a IUNGIO edit. Tom. I. Sect. II. pag. 79.

79) De natura obligationum, quae quaſi ex contractu et quae quaſi ex delicto naſc. Conjectur. Cap. III. pag. 35.

80) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 498.

81) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 737.

*toris nihil facit*, *ſed reſponſum*, vel *mendacium reſpondentis.* Hierzu kommt drittens, daß aus einem Quaſi-Contract eine eigene und Hauptklage entſteht. Es kann daher keine Verbindlichkeit quaſi ex contractu hergeleitet werden, welche keine neue, eigene und Hauptklage, ſondern nur eine actio adjectitiae qualitatis hervorbringt [82]). Nicht zu gedenken, daß nur aus erlaubten Handlungen obligationes quaſi ex contractu entſtehen [83]), und alſo aus einem mendacio oder contumacia wohl nicht füglich hergeleitet werden können. Endlich beſtärkt unſere Erklärung auch die Leſeart, welche Haloander und Baudoza haben, bey denen es heißt: *quaſi ex contractu* EIUS *obligatus*, *pro quo pulſabatur*, *dum ab adverſario interrogaretur.* Nach dieſer richtigern Leſeart iſt hier offenbar von einem Contract die Rede, den ein Anderer geſchloſſen hat, und aus welchem der Befragte nun, weil er ihn durch ſeine Antwort zu dem ſeinigen gemacht hat, jetzt eben ſo belangt werden kann, als ob er ihn wirklich geſchloſſen hätte, ſo wie es bey einer actio adjectitiae qualitatis der Fall iſt.

5) Sofern der Beklagte durch ſeine Antwort eine fremde Klage auf ſich lud, wurde zwar der wahre Beklagte dadurch von des Klägers Anſpruche befreyet; jedoch galt dies nur hauptſächlich bey Noxalklagen, bey welchen der wahre Beſitzer nicht aus ſeiner eigenen Handlung, ſondern aus einem fremden Factum belangt wird. Hier befreyte derjenige, welcher mit der actione interrogato-



82) S. HÜBNER Cit. Conjectur. de natura obligation. quae quaſi ex contr. naſc. Cap. III. pag. 37.

83) Webers ſyſtemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 19.

gatoria, als vorgegebener Eigenthümer, in Anſpruch genommen wurde, den wahren Beſitzer. Sofern es hingegen auf eine eigene Handlung des Beklagten ankam, auf welche die Klage gegründet werden mußte, z. B. ob Jemand Erbe eines Verſtorbenen geworden ſey, ſo wurde der wahre Beklagte nicht befreyt, wenn gleich der deshalb vor Gericht Befragte die Handlung deſſelben durch die falſche Antwort, er ſey der Auctor, auf ſich genommen hatte. War die fremde Handlung eine unerlaubte, ſo trat noch der beſondere Grund hinzu, daß die That bey dem wahren Urheber nicht ungeſtraft bleibe[84]). Hätte jedoch der Befragte nur darum falſch geantwortet, um den wahren Auctor zu vertheidigen, und ſeine Geſchäfte geriren zu wollen; oder auch weil er einen Auftrag dazu erhalten hatte; ſo würde ſich der wahre Auctor mit einer Exception ſchützen können, wenn er etwa auch noch belangt werden ſollte. Denn er muß ja nun ſeinen Defenſor oder Mandatar entſchädigen, wenn dieſer actione negotiorum geſtorum oder mandati gegen ihn klagt. **Paulus** faßt alles dieſes in folgender Stelle zuſammen.

*L.* 20. *pr. D. h. t.* Qui ſervum alienum reſponderit *ſuum eſſe*, ſi noxali iudicio conventus ſit, dominum liberat: aliter atque ſi quis confeſſus ſit, *ſe occidiſſe ſervum*, quem alius occidit; vel ſi quis reſponderit, *ſe heredem*: nam his caſibus non liberatur, qui fecit, vel qui

84) Es war überdem hier auch eine ganz verſchiedene cauſa obligationis vorhanden. Der Befragte haftete aus ſeiner Antwort mit der actio interrogatoria, der andere als wahrer Urheber aus ſeiner unerlaubten Handlung mit der actio Legis Aquiliae directa. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 20. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 509. ſq.

qui heres eſt. Nec haec inter ſe contraria: nam ſuperiore caſu ex perſona ſervi duo tenentur [85]), ſicut in ſervo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur. At is, qui confitetur *ſe occidiſſe*, vel *vulneraſſe*, ſuo nomine tenetur: nec debet impunitum eſſe delictum eius, qui fecit, propter eum, qui reſpondit: niſi *quaſi defenſor* eius, qui admiſit, vel *heredis*, *litem ſubiit hoc genere* [86]), tunc enim in factum exceptione data, ſummovendus eſt actor, quia ille negotiorum geſtorum vel mandati actione recepturus eſt, quod praeſtitit. Idem eſt in eo, qui mandatu heredis, *heredem ſe eſſe*, reſpondit, vel cum eum alias defendere vellet [87]).

Jedoch

85) Cod. Erlang. hat *non tenentur*. Eben ſo Baudoza. Allein die Florentiniſche Leſeart hat die Auctorität der Baſiliken für ſich. In dieſen heißt es Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 740. *οἱ δύο γὰρ ἐκ προσώπου τȣ̃ οἰκέτου κατεχόμεθα, ὡς ἐπὶ κοινωνῶν.* i. e. *duo enim ex perſona ſervi tenemur, ſicut in ſervis communibus.*

86) *Hoc genere* heißt hier ſoviel als hoc modo, wie *Scip.* GENTILIS Parergor. ad Pandect. Lib. I. cap. 15. pag. 38. (*Altdorfii 1664. 8.*) und in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1288.) aus mehreren Stellen erwieſen hat.

87) Statt einer erläuternden Paraphraſe kann hier die Erklärung des griechiſchen Scholiaſten ad *Baſilica* Tom. V. pag. 745. dienen, welcher not. g. nach Fabrots Ueberſetzung ſagt: *Qui ſervum alienum ſuum eſſe reſponderit, noxali actione eius nomine conventus, verum dominum actione liberat. Aliud eſt, ſi quis dixerit, ſe occidiſſe ſervum, quem alius occidit: vel ſi quis, cum alius heres eſſet, ſe heredem eſſe confeſſus ſit. Hic enim non liberatur, qui revera occidit, aut verus heres eſt.*

*Nec*

Jedoch kam es immer noch darauf an, in wiefern der aus ſeiner Antwort als vorgeblicher Auctor belangte den Kläger zu befriedigen im Stande war [88]). Denn konnte derſelbe von dem falſchen Auctor keine Bezahlung erhalten, ſo blieb ihm der Billigkeit wegen die Klage gegen den wahren Auctor unbenommen [89]). Dies lehrt uns Julian *L.* 18. *D. h. t.* wo er ſagt:

Qui ex parte dimidia heres erit, cum abſentem coheredem ſuum defendere vellet, ut ſatisdationis onus evitare poſſit [90]), reſpondit, *ſe ſolum heredem eſſe*, et

*Nec inter ſe hae ſpecies contrariae ſunt: cum enim alienum ſervum meum eſſe dico, quoniam ego, qui falſo reſpondi, eum ſervum meum eſſe, et verus eius dominus, ex perſona ſervi convenimur, dominum eius libero: nam et in duobus ſervi dominis, quia ſinguli ſervi nomine tenentur, uno convento in ſolidum, alter liberatur. At is, qui dicit ſe occidiſſe, aut vulneraſſe, quem alius occidit, aut vulneravit, ſuo nomine tenetur: et merito eum, qui revera occidit, non liberat, ſicut et qui ſe heredem dicit, ſuo nomine tenetur: et ideo verum heredem non liberat. Interdum autem et hi eum, qui revera occidit, aut verum heredem liberant, ſi quaſi defenſores eius, qui admiſit, litem ſubierint: nam ſi poſtea occiſor aut verus heres conveniatur, exceptione in factum actionem repellent, ita concepta: at ſi non is agat, qui contra me actionem negotiorum geſtorum vel mandati habet, per quam a me repetere poteſt, quae tibi pro me ſolvit.*

88) *L.* 26. *§.* 3. *D. de noxal. action. L.* 23. *D. de ſolut. L.* 10. *§.* 1. *D. de in rem verſ.* S. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXI. §. 9.

89) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

90) Denn wer einen Beklagten namentlich vor Gericht vertheidiget, muß das onus ſatisdationis *iudicatum ſolvi* übernehmen.

et condemnatus eſt: quaerebat actor, cum ipſe ſolvendo non eſſet, an, reſciſſo ſuperiore iudicio, in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? *Proculus* reſpondit, *reſciſſo iudicio poſſe agi. Idque eſt verum* [91]).

6) Die actio interrogatoria war auch dann begründet, wenn gleich nur der Procurator für ſeinen Principal geantwortet hatte. Denn auch der Sachwalter kann in der Rechtsſache ſeines Principals von dem Gegner deſſelben befragt werden, und er iſt ſchuldig, über alle die Puncte vor Gericht Red und Antwort zu geben; über welche auch der Principal befragt werden konnte. Hat er jedoch falſch geantwortet, oder aus Ungehorſam nicht geantwortet, ſo macht er zwar ſich dem Gegner verbindlich [92]), allein dem Principal präjudicirt er dadurch nicht [93]). Es gehören hierher folgende Stellen.

*L.* 39.

91) War alſo der aus ſeiner falſchen Antwort in Anſpruch genommene Interrogatus im Stande, die Schuld dem Gläubiger zu bezahlen, ſo hatte gegen den wahren Erben keine Klage weiter Statt, wenn jener auch dem Judicat noch kein Genüge geleiſtet hatte. S. POTHIER Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. IX. not. f. Tom. I. pag. 328.

92) Er haftet dem Gegner auch noch inſonderheit ex ſtipulatione iudicatum ſolvi, tanquam de re non defenſa. S. *Hub.* GIPHANII Lectum Altorfinae ad h. L. pag. 38. not. 3. et 4.

93) Anderer Meinung iſt zwar *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 39. D. de Procurat. T. I. p. 335. und zwar aus dem Grunde: *quia procuratoris ſui factum improbare nemo poteſt in eo, quod procurator tanquam procurator facere coactus fuit, ne alioqui decipiatur, qui cum procuratore in iudicio, aut, quod plus eſt, in iure apud Praetorem quaſi contrahit.* Allein die

Folgen

*L.* 39. *pr. D. de Procurator.* Non ſolum autem in actionibus, et interdictis, et in ſtipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque, ut in iure interrogatus ex omnibus cauſis reſpondeat, ex quibus dominus. *An igitur heres ſit abſens* 94), reſpondere debebit: et, *ſi reſponderit, vel tacuerit, tenebitur.*

*L.* 9. §. 4. *D. h. t.* *Celſus* libro 5. Digeſtorum ſcribit: Si defenſor in iudicio interrogatus, *an is, quem defendit, heres, vel quota ex parte ſit*, falſo reſponderit: ipſe quidem defenſor adverſario tenebitur; ipſi autem, quem defendit, nullum facit praeiudicium. Veram itaque eſſe *Celſi* ſententiam, dubium non eſt.

7) Die actio interrogatoria kann blos eine adjectitia qualitas von Perſonalklagen ſeyn. Bey Realklagen findet ſie nie Statt. Zwar können interrogationes in iure auch bey Realklagen vorkommen, um den Beſitzer bey der Reivindi-

Folgen eines Verſchuldens dürfen immer nur denjenigen treffen, der es begieng. Daher kann auch das Verſchulden des Anwalts der Parthey nicht zum Schaden gerechnet werden. S. Gönners Handbuch des teutſchen gemeinen Prozeſſes. 1. B. Nr. XXI. §. 15. S. 456.

94) Es iſt hier von keiner Abweſenheit, ſondern von der Qualität der Perſon die Frage, gegen welche die Klage angeſtellt werden ſollte. Unter *abſens* iſt alſo hier der Principal oder Eigenthümer des Rechtsſtreits zu verſtehen, und der Sinn der Worte iſt, der Procurator müſſe auf die Frage Antwort geben, ob ſein Principal Erbe ſey. Die Worte ſind nur nicht in in der gehörigen Ordnung zuſammengeſtellt. Es ſollte heißen: *An igitur abſens ſit heres*, etc. Eine ſolche Synchiſis iſt in den Fragmenten der römiſchen Rechtsgelehrten nicht ungewöhnlich. S. WYBO de interrogat. in iure. Cap. III. pag. 34.

vindication auszumitteln, wie ſchon bey einer andern Gelegenheit [95]) gezeigt worden, oder um im Falle einer anzuſtellenden Erbſchaftsklage zu erfahren, ob der Beklagte pro herede oder pro poſſeſſore, oder titulo ſingulari beſitze [96]). Es kann auch bey den Realklagen das vorſätzliche Abläugnen des Beſitzes die Strafe des Verluſts deſſelben zur Folge haben, wie ebenfalls ſchon an einem andern Orte [97]) vorgekommen iſt; ja daß derjenige, welcher ſich muthwillig für den Beſitzer ausgiebt, der er doch nicht iſt, und hierdurch die Gefahr eines Rechtsſtreits auf ſich ladet, welchen er hätte abwenden können, wegen ſeines dolus als Beſitzer hafte, iſt eine bekannte Rechtswahrheit [98]). Allein in allen dieſen Fällen iſt keine actio interrogatoria nöthig, ſondern hierauf geht ſchon die actio in rem, welche ſowohl gegen dem wahren als fingirten Beſitzer angeſtellt werden kann. Mit Unrecht läugnen daher viele [99]) den Gebrauch der Interrogationen bey den dinglichen Klagen überhaupt, deren Meinung Stryk [100]) und Aemil. Lud. Hombergk

zu

95) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 196. Man vergleiche auch *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXI. Th. 4.

96) *L. 11. Cod. de petit. heredit.*

97) Siehe den 8. Theil dieſes Commentars S. 201.

98) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

99) STRUV in Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 41. FRANTZKE Comm. ad Dig. h. t. nr. 4—8. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 2. BRANCHU Obſervat. ad ius Rom. Cap. XV. pag. 89. not. *) und beſonders WYBO cit. libr. Cap. VIII.

100) Uſ. mod. Pandect h. t. §. 28.

zu Vach[1]) hinlänglich widerlegt hat. Calliſtratus ſagt zwar freylich *L. 1. pr. D. h. t.*

Eſt autem interrogatio tunc neceſſaria, *cum in perſonam ſit actio*, et ita ſi certum petatur.

Allein, ohne deshalb dieſen Römiſchen Juriſten mit Hommel[2]) eines turpis mendacii bezüchtigen zu dürfen, ſo lehrt ja der ganze Zuſammenhang, daß die Meinung des Calliſtratus nur dahin gehet, nur bey perſönlichen Klagen ſey die Interrogation nöthig, wenn bey denſelben eine actio interrogatoria begründet werden ſoll. Eben ſo richtig als gründlich erklärt ſich hierüber Anton Faber[3]), wenn er ſagt: Eſt quidem neceſſaria interrogatio etiam in actione in rem, ſed non illa, *an adverſarius heres ſit*, *aut pro qua parte*, de qua potiſſimum a Praetore propoſitum eſt hoc Edictum, ſed illa tantum, *an poſſideat*, *nec ne*, et pro qua parte. Nihil enim commune habet actio in rem cum qualitate et iure heredis, ſiquidem non habet aliam cauſam, quam *praeſentem poſſeſſionem*, nec adverſus alium datur, *quam adverſus poſſidentem.* Hiermit ſtimmt auch der griechiſche Scholiaſt der Baſiliken[4]) überein, welcher nach Fabrots Verſion ſagt: *Eſt autem interrogatio tunc neceſſaria, cum perſonalem actionem intendere volo, et certum petere: nam ſi in rem actio ſit, qui adverſus-poſſeſſorem agit, eius mentionem facit:*

1) Diſſ. de oblatione ad litem §. 18.

2) Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 19.

3) Rational. in Pandect. ad L. 1. pr. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 485. ſq.

4) Tom. V. pag. 741.

*facit:* (μέμνηται ἐνάγων τοῖς νεμομένοις αὐτό.) *et cum incerta actio eſt, incertae quantitatis mentione facta, non eſt neceſſe ſcire, qua ex parte heres ſit.* Endlich iſt noch

8) zu bemerken, daß die actio interrogatoria nur dem Fragenden zu ſtatten kommt; ein Dritter kann ſich derſelben auch nicht einmal utiliter bedienen, wenn er ſich auch mit dem Fragenden in gleicher Lage befinden ſollte. Der Grund hiervon iſt, wie Voet[5]) ganz richtig ſagt, die bekannte Regel: *quod res inter alios acta aliis nec prodeſt nec nocet*[6]). Hiernach entſcheidet Scävola *L. ult. D. h. t.* welche Stelle ſchon oben (S. 256.). erklärt worden iſt. Sofern die actio interrogatoria blos durch eine Lüge des Befragten oder durch deſſelben Ungehorſam begründet wird, geht ſie auch nicht auf die Erben, wenn nicht ſchon lis bey Lebzeiten der Parthehen conteſtirt war[7]).

II. Die Interrogationen konnten jedoch nach der römiſchen Gerichtsordnung nicht nur von den Parthehen vor Gericht geſchehen, ſondern ſie konnten auch von dem Prätor ſelbſt an die Parthehen gemacht werden[8]). Denn jedem Richter muß ſelbſt daran gelegen ſeyn, daß der Prozeß nicht vergeblich geführt werde. Daher ſagt Ulpian *L. 9. §. 1. D. h. t.*

Inter-

5) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

6) *L. 63. D. de re iudicata.*

7) *L. 26. §. 5. D. de noxal. action.* HOMMEL cit. Programm. pag. 13.

8) S. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disput. 23. Th. 2. und WYBO de interrogat. in iure. Cap. VI. pag. 84. Ohne Grund behauptet das Gegentheil CARRACH in Exercitat. de interrogat. in iure, earumq. defectu in foris germ. §. 8.

Interrogatum non ſolum *a Praetore* accipere debemus, ſed et ab adverſario.

Hatte der Gegner ſchon gefragt, die Antwort aber war unzulänglich, ſo konnte der Prätor auf eine vollſtändigere Antwort dringen. **Ulpian** lehrt dies ebenfalls *L.* 9. §. 6. *D. eodem.* wo er ſagt:

Summatim Praetor cognoſcere debebit, cum quaeratur, an quis reſpondere debeat, quo iure heres ſit: *ut, ſi valde intereſſe comperErit, plenius reſponderi iubeat.*

Uebrigens hatte die Auctorität des Prätors keinen Einfluß auf die Frage. Alles kam auf die Antwort des Gefragten an, darnach richtete ſich auch die actio interrogatoria; wie aus *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* erhellet, wo es heißt:

Sed et *ſi a Praetore fuerit interrogatus*, nihil facit *Praetoris auctoritas: ſed ipſius reſponſum*, ſive *mendacium.*

Es war auch hier kein Unterſchied, die anzuſtellende Klage mochte eine perſönliche oder dingliche ſeyn. Z. B. bey der Reivindication konnte der Richter den Beklagten fragen, ob er die in Anſpruch genommene Sache beſitze[9]. Nur darin wollen viele[10]) einen Unterſchied finden, daß der Richter in jedem Theile des Prozeſſes, und alſo ſowohl vor, als nach der Litisconteſtation an die Parthenen Fragen thun könne, ſo oft es die Billigkeit erfordert. Allein daß die *L.* 21. *D. h. t.*

*Ubi-*

9) *L.* 9. *D. de Rei vindicat.* S. den 8. Th. dieſes Commentars §. 586. S. 197.

10) VOET Commentar. in Pand. h. t. §. 4. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 31.

*Ubicunque* iudicem aequitas moverit, *aeque oportere fieri interrogationem*, dubium non eſt;

eine ganz andere Beziehung habe, iſt ſchon an einem andern Orte [11]) gezeigt worden.

## §. 746.

### Heutiger Gebrauch der Interrogationen und der interrogatoriſchen Klagen.

Ueber den heutigen Gebrauch dieſer Rechtslehre ſind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung. Einige [12]) läugnen denſelben ſchlechterdings. Sie glauben, daß ſchon längſt zu **Juſtinians** Zeiten ſowohl die Interrogationen, als die actiones interrogatoriae außer Gebrauch geweſen wären, ſeitdem unter **Theodos** II. und **Valentinian** III. die alten Formeln im Prozeß abgeſchafft worden ſind [13]); und **Tribonian** habe dieſen Titel darum in die Pandecten aufgenommen, um ſeinem Auftrage, das alte Recht aus den Schriften der Röm. Rechtsgelehrten in den 50 Büchern der Pandecten zuſammen zuſtellen, ein Genüge zu leiſten. Andere [14]) hingegen unterſcheiden zwiſchen den Interrogationen und interrogatoriſchen Klagen. Nur letztere ſeyen aufgehoben, erſtere hingegen hätten noch jetzt ihren Nutzen.

Noch

11) S. Not. 27. S. 251.

12) *Io. Phil.* CARRACH Exercit. iur. de interrogat. in iure earumque defectu in foris germ. §. 10. Dan. Nettelbladt Verſuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 221. und Danz Grundſätze des ordentl. Proceſſes §. 74. Not. c. S. 189. der Gönnerſchen Ausgabe.

13) *L. 2. C. de form. et impetrat. action. ſublat.*

14) VOET h. t. §. 4. HOMMEL cit. Progr. pag. 26.

Noch andere behaupten [15]), die actiones interrogatoriae wären zwar nicht aufgehoben, ſondern auch noch zu Juſtinians Zeiten im Gebrauche geweſen. Allein ſie ſeyen nicht mehr nothwendig, und kämen daher jetzt ſeltener vor. Dies ſey der Sinn der beſtrittenen Stelle des Calliſtratus, *L.* 1. § 1. *D. h. t.*

Interrogatoriis actionibus *hodie non utimur*, ideoque *minus frequentantur*.

Es erhelle dieſer Sinn aus den nachfolgenden Worten:

Sed tantummodo ad probationes litigatoribus *ſufficiunt* ea, quae ab adverſa parte expreſſa fuerint apud iudices.

In Abſicht auf den Gebrauch der Interrogationen unterſcheiden einige [16]) zwiſchen ſolchen, die ehemals von dem Kläger noch vor der Anſtellung der Klage geſchehen konnten, um darnach die Klage einzurichten, und zwiſchen ſolchen, welche nach entſtandenem Prozeß geſchehen, um ſich den Beweis zu erleichtern. Erſtere ſeyen aufgehoben. Der Beklagte könne alſo nun nicht mehr vor Anſtellung der Klage von dem Kläger gefragt werden, nämlich, wie ehemals, zu dem Zweck, um eine Klage auf die Antwort oder Nichtantwort des Beklagten zu gründen. Deswegen fielen auch jetzt die interrogatoriſchen Klagen weg. Denn nun ſey der Beklagte auf eine ſolche Frage auch vor Gericht

15) *Franc.* DUARENUS Disputat. anniverſar. Lib. I. cap. 43. und Bach in der unpartheyiſchen Critic über juriſt. Schriften. 1. B. 6. St. S. 526.

16) *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Dec. XXXI. Th. 10. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 3.

richt nicht mehr zu antworten ſchuldig, ſondern der Kläger müſſe jetzt ſelbſt ſehen, wie er die Klage einzuleiten und anzuſtellen habe. Nur in dem letztern Fall, nämlich nach der Litiscontestation, wären noch dem Kläger Fragen an den Beklagten erlaubt, und die Antworten könnten ihm ſodann Statt des Beweiſes dienen. So, glauben ſie, ſeyen die Worte des Calliſtratus zu verſtehen, wenn er *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* ſagt:

Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, *quia nemo cogitur ante iudicium de ſuo iure aliquid reſpondere,* — ſed tantummodo *ad probationes* litigatoribus ſufficiunt ea, *quae ab adverſa parte expreſſa fuerint apud iudices.*

Uebrigens wären die vorigen Strafen nicht aufgehoben, wenn der Beklagte auf die Frage gar nicht, oder vorſätzlich der Wahrheit zuwider geantwortet hätte.

Noch andere[17]) glauben den Sinn der angeführten L. 1. auf die Art am richtigſten getroffen zu haben, wenn ſie zwiſchen ſolchen Interrogationen unterſcheiden, welche dazu dienten, um ſich gegen den Befragten eine Klage zu verſchaffen, die ſonſt gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, und zwiſchen ſolchen, die nur zur mehreren Begründung einer ſchon zuſtändigen Klage dienten. Die erſten wären nebſt den davon abhängigen interrogatoriſchen Klagen abgeſchafft, die letztern aber ſeyen noch heutigen Tages im Gebrauch.

Zuletzt verſuchen einige[18]) der dunkeln Stelle noch dadurch Licht zu verſchaffen, daß ſie zwiſchen präpara-



17) STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 10. ſqq.

18) THIBAUT Syſt. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

toriſchen Interrogationen, welche blos zur Einleitung der Klage dienten, und entſcheidenden, welche direct den Grund der Klage betreffen, unterſcheiden. Auf eine bejahende Antwort der letztern hätte ſonſt, wie auf ein Urtheil, eine ſogenannte actio interrogatoria gegründet werden können. Dieſe wären aufgehoben. Das neuere Recht erlaube blos die präparatoriſchen Interrogationen.

Allein alle dieſe Erklärungen und Meinungen laſſen wichtige Zweifel zurück.

1) Wäre die *L.* 1. §. 1. *h. t.* wirklich ſo zu verſtehen, daß die actiones interrogatoriae nicht mehr im Gebrauche ſind, und hätte dies ſchon Calliſtratus von ſeinen Zeiten geſagt; ſo iſt unbegreiflich, wie ſich dennoch **Ulpian**, **Paulus**, **Cajus**, **Javolen**, **Pomponius**, **Julian**, **Papinian** und **Scävola**, deren Fragmente in dieſem Titel enthalten ſind, haben die Mühe geben mögen, von einer obſoleten Sache ſo weitläuftig zu handeln, da es doch ſonſt Maxime derſelben iſt, nur ſolche Materien in ihren Schriften zu erörtern, welche beſonders einen frequenten Gebrauch in den Gerichten hatten. Wollte man aber auch dieſe Stelle mit **Wiſſenbach** für ein Emblem des **Tribonians** halten, wie reimt ſich damit zuſammen, wenn dennoch **Tribonian** eine ſolche Menge von Fragmenten aus den Schriften der Römiſchen Rechtsgelehrten in die Pandecten aufnahm, in welchen von dem Gebrauche der Interrogationen und der interrogatoriſchen Klagen gehandelt wird, wenn dies alles blos Antiquität geweſen wäre? Juſtinian hatte ja in ſeiner Proömial-Conſtitution *Deo auctore*, de conceptione Digeſtorum ad Tribonianum §. 10. den Verfaſſern ſeiner Pandecten ausdrücklich vorgeſchrieben:

Si quae leges in veteribus libris poſitae, iam in deſuetudinem abierunt: nullo modo vobis easdem ponere permittimus: *cum haec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentiſſimus ordo exercuit, vel longa conſuetudo huius almae urbis comprobavit.*

Dieſer Vorſchrift würde ja **Tribonian** geradezu entgegen gehandelt haben.

2) Die Gründe, warum man die Interrogationen vor Gericht vor Anſtellung der Klage für nöthig hielt, nämlich *ne actor plus petendo aliquid damni ſentiat*, und *quia plerumque difficilis eſt aditae hereditatis probatio*, haben auf die Abſchaffung der ehemaligen Klagformeln nicht die mindeſte Beziehung, und behaupten noch jetzt ihr vollkommenes Gewicht.

3) Der Unterſchied zwiſchen Interrogationen vor der Litisconteſtation und denen, welche nach derſelben geſchehen können, iſt eben ſo ungegründet, als der zwiſchen präparatoriſchen und entſcheidenden unerweißlich iſt. Alle Interrogationen dienten ihrem Zweck nach blos zur Einleitung der Klage, und waren adiectitiae qualitates derſelben, und nie konnte auf eine bejahende Antwort, wie auf ein Urtheil, eine actio interrogatoria gegründet werden. Man vermiſcht hier offenbar das Edict des Prätors de confeſſis, mit dem Edict de interrogationibus in iure, wie **Wybo**[19]) ſchon längſt gegen **Treutler** erinnert hat. Eben ſo ungegründet iſt

4) der Unterſchied zwiſchen Interrogationen zur Zubereitung einer Klage, die ſonſt der Kläger nicht gehabt hätte,



19) Cit. libr. Cap. I. pag. 4. Man ſehe auch SCHILTERI Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. §. 7.

hätte, und denen zur Begründung einer zuſtändigen Klage. Eine Klage mußte der Fragende allemal haben. Der Befragte konnte ſich nur ſolche durch ſeine falſche Antwort zuziehen, die er ſonſt nicht oder nicht in der Art, als nun geſchehen kann, zu übernehmen ſchuldig geweſen wäre, wie ſchon oben gezeigt worden iſt.

5) Wollte man den heutigen Gebrauch der actionum interrogatoriarum läugnen, ſo würde man mit eben ſo viel Grund auch den heutigen Gebrauch der übrigen actionum adiectitiae qualitatis des Römiſchen Rechts bezweifeln können. Wer wagt aber eine ſolche Behauptung? Oder ſoll etwa die oblatio ad litem bey perſönlichen Klagen jetzt nicht mehr Statt haben? Dazu wäre aber gewiß ſo wenig Grund vorhanden, als wenn man ſolche bey Realklagen läugnen wollte. Ganz richtig ſagt daher Stryk [20]): *Non dubito adhuc hodie, cum eadem difficultas ſuperſit probandi aditionem hereditatis, eandem quoque iuris diſpoſitionem obtinere, ut ſcilicet reus interrogatus ad reſpondendum adigatur, an heres, et pro qua parte ſit? Immo etiam exiſtimo, ſi pro maiori parte ſe heredem dixerit, quam revera eſt, ipſum ex ſua confeſſione conveniri poſſe, utut heres plane non ſit. Perinde enim reputatur, quam ſi malitioſe, tanquam hereditatis poſſeſſorem, ſe liti obtuliſſet; hunc vero, tanquam verum poſſeſſorem, conveniri poſſe, extra controverſiam eſt.* Kann man nun alſo die Wirkungen der Interrogationen nicht läugnen, wie man denn ſolche wirklich als noch jetzt geltend annimmt [21]); ſo kann man auch

20) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 14.

21) Man ſehe z. B. SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. XXXI. §. 10. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. pag. 331.

auch mit Grund den Gebrauch der darauf ſich gründenden interrogatoriſchen Klagen nicht bezweifeln. Erwägt man dies alles ohne Vorurtheil, ſo bleibe ich noch immer dabey, daß in der beſtrittenen *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* nicht von den interrogatoriſchen Klagen die Rede ſey, von welchen das Edict des Prätors ſpricht, und von welchen die Röm. Rechtsgelehrten in den in dieſem Titel enthaltenen Fragmenten reden, weil nichts Ueberflüſſiges und Obſoletes in die Pandecten aufgenommen werden ſollte; ſondern daß Calliſtratus von denjenigen interrogatoriſchen Klagen handele, welche vor dem Edict des Prätors im Gebrauch waren, und deren Misbräuche den Prätor veranlaßten, das Edict von den Interrogationen zu geben, wie bereits oben (S. 248.) bemerkt worden iſt.

Daß auch der Richter heut zu Tage den ſtreitenden Parthenen zur Inſtruction der Sache gewiſſe Fragen vorlegen könne, um nach Maaßgebung der erfolgten Antwort das weitere Verfahren zu beſtimmen, leidet keinen Zweifel [22].

§. 747 — 749.

Heutige Poſitionen, deren Unterſchied von Interrogationen.

Verſchieden von den römiſchen Interrogationen ſind die durch das kanoniſche Recht [23]) eingeführten, und durch die Reichsgeſetze [24]) beſtätigten Poſitionen oder Satzſtücke [25]). Man verſteht darunter kurze, in Artikelsform



22) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 31.

23) *Cap. un. X. de lit. cont. Cap.* 1. *de Confeſſ. in VIto. Clem.* 2. *de Verb. Signif.*

24) Jüngſt. Reichsabſch. §. 41. u. 49.

25) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 39. ſqq. und *I. H.* BOEHMER iur. eccleſ. Proteſt. Lib. II. Tit. 5. §. 8. ſqq.

form[26]) gefaßte Sätze, welche derjenige Theil im Prozeß, dem die Beweisführung obliegt, über diejenige Thatumſtände, auf welche der Gegentheil ſich beſtimmt hätte erklären können und ſollen, zu dem Ende übergiebt, um von dem letztern eine beſtimmte Antwort darauf zu erhalten. Nicht nur der Kläger kann ſich derſelben zur Erleichterung des Beweiſes ſeiner Klage bedienen, wenn der Beklagte ſich nicht gehörig eingelaſſen hat, ſondern auch der Beklagte kann ſich dadurch den Beweis ſeiner Exceptionen erleichtern. Derjenige Theil, welcher die Poſitionen übergiebt, wird Ponent, der Gegentheil aber Ponat genennt. Jener muß dabey ſeine Ueberzeugung von der Wahrheit der Artikel durch das ſogenannte *iuramentum dandorum*, dieſer aber ſein Läugnen durch das *iuramentum reſpondendorum* beſtärken[27]). Beyde Eide ſind daher als Eide für Gefährde zu betrachten[28]). Weigert ſich der Ponat zu antworten, ſo wird dieſe Verweigerung für Einräumung der Artikel angenommen[29]). Das Einräumen ſelbſt aber befreyt den Ponenten ſodann von

26) Dieſe Form beſteht darin, daß ſie ſich bey eigenen Handlungen mit Wahr, bey fremden Thatſachen aber mit Glaube wahr anzufangen pflegen.

27) S. Meyer vom iuramento dandorum et reſpondendorum. Göttingen 1780.

28) Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 501.

29) Man erfordert jedoch, daß dem Ponaten die Beantwortung der Satzſtücke unter der Verwarnung müſſe aufgegeben worden ſeyn, daß im Verweigerungsfalle dieſelben für eingeſtanden angenommen werden ſollen. *Cap. 2. de Confeſſ. in 6to.* STRYK Uſ. mod Pand. h. t. §. 77. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4506. lit. B.

von der Beweislaſt, und das Abgeläugnete wird nun Gegenſtand der Beweisführung [30]). Die Poſitionen betreffen alſo den Beweis in der Hauptſache, und haben Erleichterung deſſelben durch Bewirkung eines Geſtändniſſes zum Zweck. Interrogationen hingegen dienen blos zur Vorbereitung und Einleitung der Klage, um nicht in der Perſon des Beklagten, oder im Geſuch der Klage zu irren, und ſich durch Anſtellung einer vergeblichen Klage, oder durch Zuvielbitten einen Nachtheil zu zuziehen. Sie geſchehen alſo vor der Litisconteſtation, die Poſitionen hingegen werden erſt nach der Litisconteſtation übergeben. Sodann haben die Poſitionen auch das Unterſcheidende, daß ſie, als ein gerichtliches Geſtändniß, auch wider den Ponenten immer einen vollen Beweis enthalten [31]); welches hingegen bey den Interrogationen der Fall nie ſeyn kann, da hier der Kläger ſich bey Anſtellung ſeiner Klage in einer Ungewisheit befindet, welche durch die Antwort des Beklagten gehoben werden ſoll [32]).

Heut zu Tage ſind die Poſitionen eine ſeltne Erſcheinung in den Acten, und in vielen Prozeßordnungen ſind ſie ganz aufgehoben, theils weil der Streit über die Zuläſſigkeit oder Unzuläſſigkeit derſelben die Prozeſſe häufig ſehr verzögert, theils weil durch ſie die Eide ſehr vervielfältiget, und viel Meineide veranlaßt werden. Man könnte

30) STRYK c. l. §. 75. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozeſſes §. 307.

31) STRYK c. l. §. 69. HOFACKER c. l. §. 4306. lit. A. Danz a. a. O. §. 501. S. 752. der Gönnerſchen Ausgabe. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1263.

32) STRYK h. t. §. 39.

könnte ſie auch vollkommen entbehren, wenn nur die Richter, ihrer Pflicht gemäß, überall auf eine beſtimmte Einlaſſung zu dringen, ſich angelegen ſeyn ließen[33]). Iſt nun aber freylich dieſes nicht geſchehen, ſo bleiben ſie immer ein wichtiges Hülfsmittel, um die facta für den Beweis zu fixiren, und der Bosheit des Leugnens Schranken zu ſetzen[34]).

33) Beſonders wenn von allen Richtern beobachtet würde, was die Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 9. Tit. bey Aufnehmung der Antwort auf die Klage dem Richter zur Pflicht macht.

34) S. BOEHMERI ius eccl. Proteſt. Lib. II. Tit. 5. §. 11. *Grolmans* Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsſtreitigkeiten. §. 178. b. S. 362.

## Lib. XI. Tit. II.

# De quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

§. 750.

Zuſammenhang der Sachen, und der dadurch begründete Gerichtsſtand nebſt ſeinen verſchiedenen Gattungen.

Zuweilen ſtehen zwey oder mehrere Rechtsſachen in einer ſolchen Beziehung auf einander, daß ſie nicht füglich getrennt werden können, ſondern vor dem nämlichen Richter verhandelt werden müſſen, wenn ſie gleich, einzeln betrachtet, einen verſchiedenen Gerichtsſtand haben ſollten. Man pflegt dergleichen Rechtsſachen *cauſae continentes*, und das in einander greifende Verhältniß, in welchem dieſelben zu einander ſtehen, *continentia cauſarum*, Zuſammenhang der Sachen, zu nennen. Dieſer Zuſammenhang der Sachen hat nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die beſondere Wirkung, daß dadurch ein ſonſt incompetenter Richter für dieſe Rechtsſachen nun der zuſtändige wird, und es wird daher ein eigenes beſonderes Forum dadurch begründet, welches man davon den Gerichtsſtand des Zuſammenhangs der Sachen, *forum continentiae cauſarum*, zu nennen pflegt.

Dies iſt der Gegenſtand, von welchem gewöhnlich ſowohl in den Lehrbüchern als Commentaren unter der Rubrik

brik dieſes Titels gehandelt wird, weil es ein altes Vorurtheil iſt, daß die Quelle dieſer Doctrin aus dem Römiſchen Rechte herzuleiten ſey. Man vergleiche nur z. B. einen **Voet**, **Schilter**, **Huber**, **Frantzke**, **Bökelmann**, und andere mehr. Allein wie ſehr man hierin irrt, wird ſich daraus leicht von ſelbſt ergeben, wenn man ſich zuvörderſt mit der heutigen Beſchaffenheit dieſes Gerichtsſtandes näher bekannt gemacht haben wird, und dann die Geſetze des Römiſchen Rechts damit vergleicht. Das Reſultat wird ſich dann von ſelbſt darlegen, daß der heutige Gerichtsſtand des Zuſammenhangs der Sachen aus einer unrichtigen Auslegung der römiſchen Geſetze durch den Gerichtsgebrauch ſey eingeführt worden.

Man nimmt heutigen Tages einen doppelten Gerichtsſtand des Zuſammenhangs der Sachen an, nämlich den Gerichtsſtand der Einheit der Sachen, (*forum continentiae cauſarum ex identitate*) und den Gerichtsſtand der Connexität der Sachen (*forum continentiae cauſarum ex connexitate*)[35]). Von beyden wird in den folgenden Paragraphen gehandelt.

§. 751.

35) Es verdienen hier folgende Schriften bemerkt zu werden. *Ern. Frid.* SCHROETER Diſſ. de iudice competente ex cauſae continentia. *Ienae 1661.* *Io. Phil.* CARRACH Exercit. ſiſtens ſicilimenta de foro continentiae cauſarum ex identitate. *Halae 1750.* Eiusdem Exercitat. ſiſtens ſicilimenta de foro continentiae cauſarum ex connexitate. *Halae 1751.* *Io. Aug.* BACHII Diſput. de cauſis coniunctis earumque foro competente. *Lipſiae 1754.* in *Opuſcul.* a KLOTZIO edit. Nr. VII. pag. 260. ſqq.) *Io. Ferd. Guil.* BRANDT Disquiſit. de continentia cauſae, quatenus praetermiſſis auſtraegis fundet iurisdictionem camerae imperii. *Wetzlariae 1754.* 4. *Achat. Car. Lud.* SCHMIDT de generibus continentiae cau-

§. 751.

I. Einheit der Sachen, und daher entſtehender Gerichtsſtand.

Eine Einheit der Sachen, (*Identitas cauſarum*) welche auch ein Zuſammenhang der Sachen im eigentlichen Sinn, (*continentia cauſarum ſtricte ſic dicta*) genennet wird, iſt vorhanden, wenn man entweder mehrere Perſonen, welche verſchiedene Richter in erſter Inſtanz haben, aus demſelben Klaggrunde in Anſpruch nehmen, oder mehrere in verſchiedenen Gerichtsſprengeln gelegene Sachen von dem nämlichen Beſitzer mit einer und derſelben Klage fordern kann. Ein ſolcher Zuſammenhang der Sachen aus Einheit des Klaggrundes kann alſo in zwey Fällen Statt finden.

1) Wenn der Rechtsſtreit wider mehrere Perſonen zu erheben iſt, welche an ſich verſchiedenen Gerichtsſtänden unterworfen, aber aus demſelben Rechtsgrunde verpflichtet ſind. Ein ſolcher Zuſammenhang der Sachen wird ein perſönlicher (*identitas cauſarum perſonalis*) genennt. Z. B. mehrere Erben, mehrere ſocii, mehrere Bürgen, oder mehrere correi ſind mir aus dem nämlichen Grunde zu Etwas verbunden. Hier kann die Klage, wenn auſſerdem die in Anſpruch zu nehmenden mehreren Beklagten kel-

cauſarum genuinis. *Ienae 1754.* *Io Chriſtph. Erici* SPRINGERI Commentat. de cauſae continentia germanica, quatenus diſtat a Romana, ſive connexitate cauſſarum. *Monaſterii Weſtphalor. 1770.* Außerdem Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 33. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4229. — 4233.

keinen für dieſen Rechtsſtreit [36]) anwendbaren gemeinſchaftlichen Gerichtsſtand erſter Inſtanz haben [37]), ſogleich bey demjenigen nächſten Oberrichter ungetheilt angebracht werden, zu welchem ſich alle die verſchiedenen Richter, unter welchen die einzelnen Beklagten ſtehen, als Unterrichter verhalten [38]). Bey dieſem nächſten gemeinſchaftlichen Obergerichte kann die Klage ohne Unterſchied, ſie ſey theilbar oder untheilbar [39]), ſelbſt in ſolchen Fällen erhoben werden, wo die zu belangenden Perſonen in mehreren deutſchen Territorien zerſtreut wohnen [40]). Es iſt nicht zu läugnen, daß hier-

36) Z. B. die zu erhebende Klage iſt rein perſönlich, ſie iſt alſo nicht für das ſonſt gemeinſchaftliche forum rei ſitae geeigenſchaftet.

37) Denn dieſer auſſerordentliche Gerichtsſtand wird nur als ein ſubſidiariſcher angeſehen, wie auch der Reichsdeputat. Abſch. vom J. 1600. §. 23. zu erkennen giebt. S. Martins Lehrbuch des teutſchen gemeinen bürgerlichen Prozeſſes. §. 57. Not. l.

38) S. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten §. 46. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. 1. Th. §. 46. Wer der nächſte gemeinſchaftliche Oberrichter ſey, pflegt man darnach zu beurtheilen, an wen von den ſämmtlichen Untergerichten, denen die verſchiedenen Beklagten unmittelbar unterworfen ſind, die Appellation zunächſt Statt hat. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3. BACH Diſſ. cit. de cauſis coniunctis §. 20. und WERNHER lectiſſ. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3.

39) S. PUFENDORF Obſervat. iur. univ. Tom. I. Obſ. 153. Danz a. a. O. §. 33. S. 87.

40) Gehören dieſelben einem Souverain, ſo iſt die Sache auſſer Zweifel. Hier iſt das höchſte Tribunal deſſelben das forum competens. S. Fried. von Bülow's und Theod. Hage-

hierdurch die Zahl der Rechtsſtreitigkeiten ſehr vermindert, und auch öfters widerſprechende Urtheile vermieden werden können, die ſonſt bey einem mehrere Beklagten angehenden Rechtsſtreit leicht möglich wären. Allein fragt man, welches denn eigentlich die Quelle dieſer ganzen Doctrin von der Identität der Sachen ſey, ſo muß man denn doch auch bekennen, daß ſie aus keiner reinen Quelle gefloſſen ſey. Gewöhnlich glaubt man zwar den Grund derſelben in den Geſetzen des römiſchen Rechts zu finden[41]; allein wie ſehr man ſich hierin geirrt hat, haben **Carrach**[42]) und **Bach**[43]) ganz einleuchtend dargethan. Um uns lebhafter

gemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 3. Band. Erört. 62. S. 346. Danz a. a. O. S. 91. lit. B. und Martins Lehrbuch §. 57. S. 71. Allein darüber blieb die Sache unentſchieden, ob in dem Falle, da die mehreren Beklagten Unterthanen verſchiedener Landesherren ſind, dieſelben wegen der Einheit des Klaggrundes ſogleich in erſter Inſtanz bei den höchſten Reichsgerichten belangt werden konnten. Das Intereſſe dieſer Controvers hat indeſſen nunmehr aufgehört. Man ſehe allenfalls Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 24. *Frid. Huldreich Car.* SIEGMANN Diſſ. de iurisdictione ſummorum in imperio iudiciorum ob cauſarum continentiam in cives mediatos haud fundata. *Lipſiae 1781.* Malblank Anleitung zur Kenntniß der deutſchen Reichs- und Provinzialgerichtsverfaſſung 4. Th. §. 137. und von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfaſſung und Praxis §. 106.

41) Man ſehe z. B. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. FRANTZKE Comm. h. t. nr. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. et 10. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXI. §. 9.

42) Cit. Diſſ. de foro continentiae cauſar. ex identitate. §. 7.

43) Diſſ. alleg. de cauſis coniunctis §. 5 — 11. (in *Opuſcul.* pag. 268. ſqq.)

hafter hiervon zu überzeugen, wird es nicht unzweckmäßig ſeyn, den Inhalt und wahren Sinn derjenigen Stellen des römiſchen Rechts, worauf man ſich gewöhnlich bezieht, etwas genauer zu entwickeln. Die vorzüglichſten ſind folgende.

*L.* 1. *D. h. t.* Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividundo, aut finium regundorum, eundem iudicem ſumendum. Praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii poſſint, in eundem locum omnium praeſentiam fieri oportet.

Es iſt hier von Communionsintereſſenten die Rede, unter welchen eine Theilungsklage erhoben worden, gleichviel, ob es die Erbtheilungs- oder ſingulaire Theilungsklage, oder die Gränzſcheidungsklage iſt. Denn nach der παραφράσει ἀναλυτικῆ eines Johann Schilters[44]) ſich gerade einen ſolchen Fall zu denken, wo alle drey Theilungsklagen unter denſelben Partheyen ſucceſſiviſch verhandelt werden, nämlich zuerſt die Erbtheilungsklage, nächſtdem, weil einige nachher noch zum Vorſchein gekommene erbſchaftliche Sachen ungetheilt geblieben waren, das iudicium communi dividundo, und weil zuletzt noch über die Gränzen der vertheilten Aecker ein Streit entſtand, die actio finium regundorum; iſt nicht nöthig, wie auch ſchon in der Gloſſe vom Accurſius erinnert worden iſt. Daß auch hier die Communionsintereſſenten einen verſchiedenen Gerichtsſtand gehabt, worauf es doch hauptſächlich ankömmt, iſt aus der Stelle ebenfalls nicht zu erſehen; ſondern es iſt hier von einem judex pedaneus die Rede, an welchen mehrere Streitgenoſſen von einem Magiſtrate, deſſen Juris-

44) Praxi iuris Rom. Exercit. XXI. §. 9.

risdiction ſie alle unterworfen ſind, in einer ſie alle betreffenden Sache verwieſen werden können[45]). Dies beweißt der Ausdruck *ſumere* ganz klar, der blos vom iudex pedaneus gebraucht wurde, weil es bey deſſen Beſtellung zugleich mit auf die Einwilligung der Parthenen ankam[46]). Nimmermehr kann alſo aus dieſer Stelle bewieſen werden, daß ein ſonſt incompetenter Richter wegen des Zuſammenhangs der Sachen competent werden könne, da hier von keinem ſolchen Richter die Rede iſt, welcher Jurisdicion hatte; oder daß ein Beklagter verbunden wäre, ſich um des bloſen Zuſammenhangs willen einem incompetenten Richter zu unterwerfen, wenn er es nicht freywillig durch Prorogation thun will. Von einem nächſten gemeinſchaftlichen Oberrichter, vor welchem die unter mehreren verſchiedenen Unterrichtern ſtehenden Beklagten um des Zuſammenhangs willen belangt werden könnten, iſt hier vollends gar keine Rede. Eben ſo wenig beweißt die folgende Stelle.

*L.* 2. *D. h t.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod caeteri non ſint idonei, convenitur, poſtulante eo, *omnes ad eundem iudicem mittuntur*: et hoc reſcriptis Principum continetur.

Denn auch dieſe Stelle geht blos auf iudices pedaneos. Man braucht eben kein Argus zu ſeyn, um dies aus

45) S. *Ant.* SCHULTING Theſ. controvers. Dec. XXXII. Th. 1. und POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. not. a. pag. 330.

46) S. *Io.* HOP Diſſ. de iudicibus a Praetore et provinciarum Rectoribus ad cauſas privatas diiudicandas dari ſolitis. *Lugd. Batav.* 1729. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 540. ſq.)

aus den Worten: *mittuntur ad eundem iudicem* deutlich zu erſehen. Denn dieſe laſſen ſich von keinem andern iudex füglich erklären, als von einem ſolchen, der nach der ehemaligen römiſchen Gerichtsverfaſſung von dem Prätor den Partheyen gegeben wurde. Vergleicht man damit eine dritte Stelle des römiſchen Geſetzbuches, worauf man ſich gewöhnlich auch beruft, um das forum identitatis daraus zu begründen, nämlich die *L. 5. Cod. Arbitrium tutelae*, wo der Kr. Gordian auf folgende Art reſcribirt:

Omnes tutores, ſeu heredes eorum, qui adminiſtraverunt tutelam, ad eundem iudicem ire debere, iam pridem conſtitutum eſt. Cum igitur patrem tuum alio tutelam adminiſtraſſe alleges, *Praeſes provinciae eundem iudicem adverſus te atque heredes contutorum patris tui dare debebit*, quatenus quisque condemnari debeat, examinaturum;

ſo ergiebt ſich daraus, daß hier von der Einrede mehrerer Streitgenoſſen die Rede iſt, welche das Römiſche Recht anfangs bey theilbaren Anſprüchen dem Beklagten mit der Wirkung erlaubte, um ſich damit gegen die Einlaſſung auf die Klage zu ſchützen[47]). Wenn alſo unter mehreren Vormündern, welche die Vormundſchaft ungetheilt verwaltet haben, einer allein, oder deſſelben Erben mit der actio tutelae belangt werden, ſo können ſie bitten, daß auch die übrigen Mitvormünder, oder deren Erben,

47) S. CARRACH cit. Diſſ. §. 7. p. 21. ſq. und Gönners Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 1. Bd. Nr. XIX. §. 17. S. 416. Erſt Kr. Julian änderte dieſes ab, deſſen Verordnung Juſtinian unverändert in ſeinen Codex aufnahm. *L. 1. C. de conſortib. eiusd. litis.*

Erben, als Streitgenoſſen, adcitirt werden, und dieſe konnte ſodann der Prätor oder Präſes der Provinz an einen Judex verweiſen, welcher nach der ihm gegebenen Inſtruction unterſuchen und beſtimmen mußte, wie weit ein jeder zu verurtheilen ſey. Erwägt man nun, daß bey der actio tutelae der Präſes der Provinz der allein competente Richter war, ohne deſſen Auftrag oder Befehl kein anderer Municipalmagiſtrat Vormünder beſtellen konnte[48]; ſo läßt ſich wohl aus dieſen Stellen ſo wenig, als aus der erſtern, beweiſen, daß der bloße Zuſammenhang der Sachen einen ſonſt incompetenten Richter zuſtändig mache. Man konnte auch überhaupt von iudicibus pedaneis nicht wohl auf Magiſträte ſchließen, als welche von ganz verſchiedener Art waren[49].

Die *L.* 8. §. 1. *D. de liberali cauſa*, worauf man ſich zuletzt noch beruft, gehört vollends gar nicht hierher, da hier nicht von mehreren Beklagten, ſondern nur von mehreren Klägern die Rede iſt. Die Worte ſelbſt werden jeden hiervon überzeugen.

Si plures, ſagt **Ulpian**, ſibi dominium ſervi vindicant, dicentes eſſe communem, ad eundem iudicem mittendi erunt, et ita Senatus cenſuit. Caeterum ſi unusquisque ſuum eſſe in ſolidum, non in partem dicat, ceſſat Senatusconſultum: neque enim timor eſt, ne varie iudicetur: cum unusquisque ſolidum dominium ſibi vindicet. Sed et ſi alter uſumfructum totum, alter proprietatem ſibi vindicet, item ſi alter



48) *§. 3. 4. I. de Attiliano tut. L. 1. pr. et §. 1. D. de tutor. dat.*

49) BACH cit. Diſſ. §. 6.

dominium, alter ſibi pignoratum dicat: idem iudex erit.

Hier iſt alſo von einem ſolchen Falle die Rede, da zwey Kläger einen und ebendenſelben Menſchen, als ihren gemeinſchaftlichen Sklaven, in Anſpruch nehmen, der ſich im Beſitz der Freyheit befindet. Daß hier die Klage, als eine cauſa communis, vor einen Richter gehörte, war ganz natürlich. Ueberdem war auch dieſer iudex kein anderer, als ein iudex a Praetore datus, wie aus der *L. 9. pr. D. de lib. cauſa* erhellet[50]). Hieraus erklärt ſich zugleich eine hierher vorzüglich gehörige Stelle aus Quinctilian[51]), welcher ſagt: *Privata quoque iudicia ſaepe unum iudicem habere multis et diverſis formulis ſolent: nec aliae ſpecies erunt, etiamſi unus a duobus duntaxat eandem rem, atque ex eadem cauſa petet: aut duo ab uno: aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim ſcimus: quia, quamvis in multis perſonis, cauſa tamen una eſt, niſi ſi conditio perſonarum quaeſtiones variaverit.*

So unrichtig nun auch die Erklärungen ſind, die man von den angeführten Stellen gemacht hat, ſo haben ſie doch ſoviel bewirkt, daß durch den Gerichtsgebrauch der Satz geltend wurde, man könne mehrere Beklagte, welche verſchiedenen Unterrichtern unterworfen ſind, wegen Einheit des Klagegrundes, ſogleich bey dem nächſten gemein-

ſchaft-

50) Denn die cauſae liberales waren ordinarii iuris. S. RAEVARDUS Varior. Lib. III. c. 29. *Ger.* NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9. *Io.* HOP Diſſ. cit. de iudicibus a Praetore datis Cap. I. pag. 520. und BACH cit. Diſſ. de cauſis coniunctis. §. 7.

51) *Inſtitut. Orator. Lib. III. cap. 10.*

ſchaftlichen Oberrichter belangen, welchen nachher ſelbſt die teutſchen Reichsgeſetze [52]) beſtätiget haben [53]).

2) Die Identität der Sachen kann auch eine dingliche ſeyn, wenn die Klage mehrere verſchiedene Sachen zum Gegenſtande hat, welche unter verſchiedenen Gerichtsbarkeiten liegen, und von dem Kläger aus einerley Rechtsgrunde in Anſpruch genommen werden können. Z. B. dem Kläger ſind mehrere Güter des Schuldners, wegen einer und derſelben Schuld, verpfändet, welche unter verſchiedenen Richtern liegen; oder die Güter, die zu einer Erbſchaft gehören, befinden ſich unter verſchiedenen Richtern. Nach dem römiſchen Rechte iſt hier die Klage entweder bey dem Richter des Wohnortes des Beklagten [54]), oder bey demjenigen Richter anzubringen, unter welchem der größte Theil der Güter gelegen iſt [55]). Iſt nun hier die Sache rechtskräftig entſchieden worden, und es ſoll zur Vollſtreckung des richterlichen Urtheils kommen, ſo müſſen diejenigen Richter, unter welchem die übrigen Güter belegen ſind, um Vollſtreckung des Urtheils erſucht werden [56]). Weil indeſſen dieſer Rechtsgang mit



52) Dep. Abſch. vom J. 1600. §. 23. 24. K. K. Gerichtsordn. 2. Th. Tit. 9. pr. et §. 1. R. HofR. O. Tit. 2. §. 1.

53) S. BACH Cit. Diſſ. §. 18. Danz Grdſ. des ordentlichen Prozeſſes §. 33. S. 87. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4230.

54) *L. un. Cod. Ubi de heredit. agat.* Ger. NOODT Comm. ad Pand. Tit. de Iudic. T. II. *Oper.* pag. 125. und BACH Cit. Diſſ. de cauſis coniunctis. §. XII.

55) *L. 50. pr. L. 52. §. 3. et 4. D. de iudic. L. 66. §. fin. D. ad SCtum Treboll. L. un. Cod. Ubi fideicomm. peti oport.*

56) *L. 15. §. 1. D. de re iudic.*

mancherley Schwierigkeiten verknüpft iſt, ſo kann nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Klage bey dem nächſten gemeinſchaftlichen Oberrichter angeſtellt werden, deſſen Gerichtszwang ſich über alle die verſchiedenen Güter erſtreckt, welche den Gegenſtand der Klage ausmachen[57]). Es wird jedoch bey dem Gerichtsſtande der Einheit der Sachen billig vorausgeſetzt, 1) daß nicht von ſolchen Sachen die Rede ſey, die durch Befreyung an einen beſtimmten Richter ausſchließend gewieſen ſind. Daher begründet z. B. in Lehnsſachen, ſo wenig als in geiſtlichen Sachen der Zuſammenhang einen Gerichtsſtand bey dem für ſolche Sachen nicht beſtellten Oberrichter[58]). 2) Daß ein gemeinſchaftlicher Oberrichter vorhanden ſey. Sonſt muß die Klage getheilt werden. Es wird überhaupt 3) durch den Zuſammenhang der Sachen die Gerichtsbarkeit des Oberrichters in der erſten Inſtanz keinesweges ipſo iure begründet; ſondern es muß immer der Willkühr des

57) PUFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. II. Obſ. 148. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. S. 428. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß 1. Th. §. 46. Danz Grdſ. des ord. Prozeſſes §. 33. S. 91. HOFACKER Tom. III. §. 4232. Anderer Meinung iſt jedoch Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozeſſes §. 57. wenn die mehreren Sachen alle von dem nämlichen Beſitzer gefordert werden, weil bloße Bequemlichkeit des Klägers nicht berechtiget, dem Beklagten ſein Recht auf die erſte Inſtanz zu entziehen.

58) S. HOMMEL Rhapſod. Quaeſtion. for. Vol. VI. Obſ. 809. et 810. Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 114. und ULLHEIMER Diſſ. de iurisdictione ſupremorum imperii tribunalium in cauſis feuda mediata concernentibus ob continentiam cauſarum non fundata. *Bambergae 1776.*

des Klägers überlaſſen werden, ob er die Klagen mit einander verbinden oder theilen, und jeden Beklagten beſonders bey ſeinem competenten Unterrichter belangen wolle. Denn es iſt mehr eine Rechtswohlthat für den Kläger, als für den Beklagten, daß er den nächſten Oberrichter angehen kann. Es muß ihm alſo auch erlaubt ſeyn, darauf Verzicht zu thun[59]).

## §. 752.

### II. Connexität der Sachen, und daher entſtehender Gerichtsſtand.

Eine Connexität der Sachen iſt vorhanden, wenn mehrere Rechtsſachen mit einander in ſolcher Verbindung ſtehen, daß eine ohne die andere entweder gar nicht, oder doch nicht füglich entſchieden werden kann[60]). Carrach[61]) ſagt: *Connexitas cauſarum* ſupponit plura litigia diverſa quidem, ſed ita comparata, ut alterum absque altero expediri nequeat, alteriusve deciſio ab altera pendeat; und Böhmer[62]) erklärt ſie ſo: *Cauſae con-*



59) S. Claproth a. a. O. 1. Th. S. 426. Anderer Meinung iſt jedoch HOFACKER in Princip. iur. c. l. T. III. pag. 665. wo dem Beklagten die exceptio continentiae vor der Litisconteſtation geſtattet wird. Allein man ſehe *L. 1. C. de Conſortib. eiusd. litis.* und das Magazin für den gemeinen teutſchen bürgerl. Prozeß, herausgegeben von Martin und Walch 1. Bd. 1. Hft. Nr. I. §. 4. S. 33. f.

60) S. Danz Grundſätze des ordentlichen Prozeſſes §. 33. S. 93. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß. 1. Th. §. 48. HOFACKER Tom. III. §. 4233.

61) Diſſ. de foro continentiae cauſarum ex connexitare. §. 2.

62) Princip. iur. canon. §. 700.

*connexae* ſunt, quarum altera alterius deciſioni inſervit. Hier nimmt die Praxis den Grundſatz an, daß derſelbe Richter, bey welchem die eine Sache ſchon anhängig iſt, oder welcher für die Hauptſache der competente Richter iſt, auch die mit derſelben in Verbindung ſtehenden Nebenſachen entſcheiden könne, ſo weit ſie nicht durch eine beſondere Befreyung an einen beſtimmten Richter gewieſen ſind. Der durch dieſen Zuſammenhang begründete Gerichtsſtand wird *forum connexitatis cauſarum* genennt, und man ſucht ihn beſonders dadurch zu rechtfertigen, daß der Richter, welcher ſchon von der einen Sache die Acten hat, in der andern beſſer und vollſtändiger urtheilen könne, als ein anderer Richter. Eine Connexität der Sachen wird nun in folgenden Fällen angenommen.

1) Wenn durch die eine Sache die andere vorbereitet wird. Daher muß der Richter, welcher das Poſſeſſorium entſchieden hat, der Regel nach auch über das Petitorium erkennen[63]).

2) Wenn von der Entſcheidung der einen Sache, die Entſcheidung der andern abhängt. Hier iſt die vorläufig zu entſcheidende Streitigkeit (cauſa praeiudicialis) der Regel nach von dem Richter zu entſcheiden, bey dem die Hauptſache anhängig iſt. Z. B. wenn von einer quaeſtio ſtatus die Entſcheidung einer Erbſtreitigkeit abhängt[64]).

3) Wenn zu einer gewiſſen Hauptſache noch andere Sachen hinzukommen, die aus derſelben entſpringen, oder in dieſelbe einſchlagen, oder ſich ſonſt zur Hauptſache als ein

63) KIND Quaeſtion. for. Tom. I. Cap. 95.

64) MEVIUS P. III. Deciſ. 90. und P. V. Deciſ. 234.

ein Incidentpunct verhalten. Daher gehört die Intervention, und die Aufforderung zur Vertretung (litis denunciatio) vor den Richter der Hauptſache. Derſelbe Richter ſchlichtet auch den Streit über die Belohnung des Advocaten und Sachwalters, desgleichen über die Zurückgabe der Manualacten, ſo wie über begangene Pflichtverletzung derſelben [65]). Man ſagt auch,

4) daß durch den Concurs der Gläubiger eine Connexität unter allen den Schuldner betreffenden Rechtsſachen hervorgebracht werde, auf welche ſich die Allgemeinheit des Concursgerichtes gründen ſoll [66]).

Allein das meiſte beruhet hier auf der Praxis. Die Geſetze verordnen blos,

a) daß eine Rechtsſache, die mehrere Fragen oder Puncte, welche bey der Erörterung derſelben entſtehen, oder zur Sprache kommen, in ſich begreift, nicht getheilet, ſondern in ihrem ganzen Umfange von einem und eben demſelben Richter, bey welchem ſie einmal anhängig gemacht worden iſt, entſchieden, und daher einzelne zu derſelben gehörige Fragen, oder mit derſelben verwandte Puncte nicht an einen andern Richter gebracht werden ſollen. Aus dieſem Grunde ſoll der Richter, welcher über den Beſitz entſchieden hat, auch in der Hauptſache oder dem Petitorium erkennen, und derjenige ſoll eine Strafe vom Richter zu befürchten haben, welcher beydes von einander trennen, und vor verſchiedene Richter ziehen würde. Dies iſt der wahre

65) Claproths bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. Danz a. a. O. S. 94.

66) HOFACKER c. l. §. 4233. lit. D.

wahre Sinn der ſo ſehr mißverſtandenen *L.* 10. *Cod. de iudiciis*[67]), wo es heißt:

Nulli prorſus audientia praebeatur, qui *cauſae continentiam*[68]), dividet et *ex beneficii praerogativa*[69]), id quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diverſos iudices voluerit ventilare; *poena ex officio iudicis imminente ei, qui contra hanc ſupplicaverit ſanctionem; atque alium*

67) Dieſe Lex iſt eine Verordnung des Kaiſers Conſtantin, und aus dem Theodoſianiſchen Codex entlehnt, jedoch mit einiger Abänderung. Dieſe betrifft aber nur die in dem Geſetz gedrohete Strafe, welche im Theodoſianiſchen Codex beſtimmt, hier aber der Willkühr des Richters überlaſſen iſt. Man vergleiche die *L.* 2. *Cod. Theod. de iudiciis.* Lib. II. Tit. 18.

68) Es erhellet aus dieſer Stelle, daß das Geſetz mit der *continentia cauſae* einen ganz andern Begriff verbindet, als die gemeine Schule der Rechtsgelehrten. Das Geſetz verſteht darunter einen ſolchen Zuſammenhang einer gewiſſen Rechtsſache, bey welcher ein ſtreitiger Punct dergeſtalt in den andern eingreift, daß das Ende des einen der Anfang des andern iſt, und folglich beyde nicht von einander getrennt werden können. S. BACH Diſſ. de cauſis coniunctis. §. 3.

69) Der Ausdruck *beneficii praerogativa* wird von den Auslegern verſchiedentlich erklärt. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. de iudiciis Tom. I. pag. 195. der Ritterſchen Ausgabe, verſteht ihn von einem reſcripto Principis, adverſus ius commune impetrato. Dieſe Erklärung wird beſonders durch die folgenden Worte ſehr wahrſcheinlich, *qui contra hanc ſupplicaverit ſanctionem*, atque alium iudicium *poſtulaverit.* Für dieſe Erklärung ſtimmt auch *Io. Henr. de* BERGER in Progr. ad L. 10. C. de iud. in *Eiusd.* Electis proceſſus p. 343. Andere hingegen verſtehen darunter ein privilegium fori ſpecialis.

*alium ſuper poſſeſſione, alium ſuper principali quaeſtione iudicem poſtulaverit.*

Es leuchtet in die Augen, daß hier gar nicht von mehreren Rechtsſachen, ſondern blos von einer einzigen Sache die Rede ſey. Denn ſonſt hätte es *cauſarum continentiam*, und nicht *cauſae continentiam* heißen müſſen. Es erhellet auch aus dem ganzen Zuſammenhange, ſo wie aus der Bedeutung des Worts *Continentia* 70), daß hier mit dem Worte *Cauſa* nur eine einzige Rechtsſache gemeint ſey, die aber mehrere Fragen oder Puncte in ſich begreift. Iſt nun eine ſolche Sache einmal vor einem Richter angebracht, und auch von demſelben ſchon der eine dieſelbe betreffende ſtreitige Punct entſchieden, ſo ſoll nun der mit ihr ebenfalls in Verbindung ſtehende andere Punct nicht getrennt, und an einen andern Richter gebracht, ſondern von demſelben Richter entſchieden werden. Unterſucht man die Gründe dieſer Verordnung etwas genauer, ſo iſt wohl keinem Zweifel unterworfen, daß hierdurch allgemein verboten worden ſey, *cauſae continentiam* zu theilen. Der Hauptgrund des Geſetzgebers bey dieſer Verordnung ſcheint der zu ſeyn, damit durch die Verſchleppung ſolcher bey einer Rechtsſache vorkommenden Fragen und dabey ſich ereignenden ſtreitigen Puncte vor mehrere Richterſtühle keine widerſprechenden Entſcheidungen entſtehen, ſodann auch die Beendigung der ganzen Streitſache ohne Noth nicht aufgehalten werden möge. Es iſt auch nicht zu läugnen, daß der Richter, vor dem einmal die Sache anhängig geworden iſt, über alle dabey vorkommenden und mit derſelben zuſammenhängenden Puncte füglicher zu entſcheiden

70) L. 2. L. 99. §. 1. L. 139. L. 154. D. de Verbor. Signific.

ſcheiden im Stande iſt, als ein fremder Richter. Man kann es daher wohl für nichts anders, als für ein bloßes Beyſpiel halten, wodurch der Geſetzgeber ſeine Verordnung zu erläutern ſucht, wenn er das Poſſeſſorium und Petitorium namentlich zu trennen verbietet. Denn daß die Verordnung dieſes Geſetzes nicht blos darauf allein eingeſchränkt werden könne, ſondern auf alle zu einer und eben derſelben Rechtsſache gehörigen Fragen und dabey vorkommenden Puncte gezogen werden müſſe, hat Herr Prof. Dabelow [71]), der gewiß den beſten Commentar über die *L.* 10. geſchrieben hat, ſehr gründlich gezeigt. In der That würde es auch dieſer Verordnung gar nicht bedurft haben, da ja das nämliche ſchon von den Kaiſern **Diocletian** und **Maximian** *L.* 13. *C. de rei vindicat.* nicht lange vorher war verordnet worden.

Ordinarii iuris eſt, ut, mancipiorum orta quaeſtione, prius exhibitis mancipiis de poſſeſſione iudicetur, et tunc demum proprietatis cauſa *ab eodem iudice* decidatur.

Dahingegen dürfte es wohl ſchwerlich mit der Abſicht des Geſetzgebers zu vereinigen ſeyn, wenn die Praxis der Verordnung des Kaiſers **Conſtantin** eine ſo ausgedehnte Deutung giebt, daß alle Rechtsſachen, die man nach dem oben angegebenen Begriff zu den cauſis connexis rechnen kann, von einem und eben demſelben Richter erörtert, und entſchieden werden müſſen. Wohlbedächtig ſchränkt vielmehr der Geſetzgeber ſeine Verordnung nur auf eine einzige ganze Sache, und die dahin einſchlagenden Fragen und

71) Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger. Kap. XXVII. S. 727. ff.

und Puncte ein, der ſonſt mit leichter Mühe ſolche weit allgemeiner würde haben faſſen können. Die Geſetze verordnen hiernächſt,

2) daß der Beytritt zu einem Rechtsſtreite, da, wo dieſer anhängig iſt, geſchehen ſolle.

*L. 49. pr. D. de iudic.* Venditor ab emtore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, *dicit ſe privilegium habere ſui iudicis.* Quaeritur, an poſſit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta eſt, ad ſuum iudicem revocare? Paulus reſpondit, *venditorem emtoris iudicem ſequi ſolere.*

3) Daß der, für die Hauptſache competente Richter alle, ſonſt vor ihn nicht gehörende Präjudicial-Puncte entſcheiden ſoll.

*L. 3 Cod. de iudiciis.* Quoties quaeſtio ſtatus bonorum diſceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, *qui alioquin ſuper cauſa ſtatus cognoſcere non poſſit*, diſceptatio terminetur.

Weiter gehen ſie nicht[72]).

72) S. Thibaut Syſt. des P. R. 3. Bd. §. 1075.

## Lib. XI. Tit. III.

# De ſervo corrupto.

### §. 753.

*Actio de ſervo corrupto directa et utilis.*

*Corrumpere ſervum alienum* heißt hier nicht eines Andern Sklaven an ſeinem Körper beſchädigen, ſondern ſein Gemüth verderben, und ihn zu böſen Handlungen verführen, z. B. zur Dieberey, Schwelgerey, Unzucht [73]. In einem ſolchen Falle giebt nun der Prätor dem Herrn des verführten Sklavens gegen den Verführer eine Klage auf doppelten Erſatz alles durch die Verführung des Sklavens erlittenen Schadens [74]. Dieſe Klage heißt *actio de ſervo corrupto* [75]. Auch der Ehemann konnte dieſe Klage gegen ſeine Ehefrau anſtellen, wenn ſie den Sklaven ſelbſt verführt hatte. Dann gieng aber die Klage aus einer beſondern Begünſtigung der Ehe nur auf das Einfache [76].

Di-

73) *L. 1. et 2. D. h. t.* S. *Anſ. Frid.* PISTORIUS in Diſſ. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digeſtor. superſunt, praeſ. HOFACKER def. ad L. 16. D. h. t. pag. 40. ſqq.

74) *L. 1. pr. L. 5. §. 2. L. 9. §. 2. h. t.*

75) *L. 14. §. 1. D. h. t.*

76) *L. ult. D. h. t.*

Direct ſteht alſo die Klage nur dem Herrn eines bößlich verführten Sklavens zu, und geht blos in dieſem Falle, ſofern ſie nicht gerade wider des Klägers Ehefrau angeſtellt wurde, auf das Doppelte, welches theils den Erſatz des Schadens, theils eine Strafe für den Verführer enthält[77]). Sie iſt alſo keine reine Pönalklage, ſondern zugleich rei perſecutoria. Auch den Erben und übrigen Nachfolgern ſtand dieſe Klage zu, nur gegen die Erben des Verführers wird ſie nicht geſtattet. Ulpian ſagt *L.* 13. *pr. D. h. t.*

Haec actio perpetua eſt, non temporaria, et heredi, caeteriſque ſucceſſoribus competit, *in heredem* non dabitur, *quia poenalis eſt.*

Cornel. van Bynkershök[78]) will zwar die letzten Worte dieſes Fragments für corrupt halten, weil die actio de ſervo corrupto keine reine Pönalklage ſey, und nach dieſem Geſetz die Klage auch nicht einmal als perſecutoriſch gegen die Erben Statt finden würde. Er will daher ſtatt jener Worte lieber: *qua poenalis eſt*, leſen. Allein van Vryhoff[79]) hat dieſe Meinung hinlänglich widerlegt. Bynkershök hat nicht bedacht, daß die actio de ſervo corrupto zwar von Seiten des Klägers eine vermiſchte Klage, nämlich eine actio ex delicto rei et poenae perſecutoria iſt[80]); daß ſie hingegen von Seiten des Beklagten immer

77) *L.* 9. §. 2. *L.* 10. *D. h. t.*

78) Obſervat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13. et Lib. VII. cap. 25.

79) Obſervation. iuris civ. (*Amſtelaed* 1747. 8.) Cap. 4.

80) *L.* 14. §. 5. *D. h. t.* ſagt Paulus ausdrücklich: *In hac actione non extra rem duplum eſt*, id enim, quod damni datum eſt,

immer eine Pönalklage ſey. Denn was der Beklagte wegen dieſer Klage zahlt, bezahlt er immer als Strafe für ſein Delict, wenn er auch aus ſeiner Verführung gar keinen Vortheil gezogen hat [81]). Ganz recht ſagt daher Ulpian, die Klage habe gegen die Erben nicht Statt, *quia poenalis eſt*. Nam actiones, quae a parte rei mere poenales ſunt, nunquam in heredes dantur [82]).

*Utiliter* wird die Klage a) auch jedem andern eingeräumt, der zwar nicht Eigenthümer iſt, aber doch wegen eines an dem verführten Sklaven habenden dinglichen, Nutznießungs- oder Sicherheitsrechts, durch die Verführung deſſelben Schaden erlitten hat [83]). b) Dem Vater wegen des verführten Sohnes. Jedoch geht dieſe actio utilis

eſt, duplatur. Haloander hat zwar die Partikel non hier nicht. Allein daß die florentiniſche Leſeart den Vorzug verdiene, haben *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. I. cap. 2. bey *Ev.* OTTO in Theſ. iur. Rom. Tom. IV. p. 1434. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 258. gezeigt.

81) *L. 5. §. 5. D. h. t.* beſonders *L. 20. Cod. de furtis et ſervo corr.*

82) *L. 1. §. ult. D. de eo, per quem factum erit. L. 3. §. 15. D. Si menſor falſum modum dix. L. 9. §. 1.* verglichen mit *L. 7. pr. et §. 2. D. Quod falſo tutore.* Man ſehe auch *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. XI. ad h. L. 13. pr. D. h. t. pag. 448.

83) *L. 9. §. 1. L. 14. §. 3. et 4. D. h. t.* Einem bonae fidei poſſeſſor hingegen wird die Klage *L. 1. §. 1. D. h. t.* darum verſagt, quia nihil eius intereſt, ſervum non corrumpi, et quia abſurdum eſt, duobus actionem ſervi corrupti competere. Dies paßt nun aber freylich nur auf den Fall, da ſich der wahre Eigenthümer ſchon gemeldet hat. S. *Io.* IENSII Strictur. ad Rom. iuris Pandect. et Cod. ad h. L. 1. pag. 99.

utilis nur auf Leiſtung des Intereſſe, welches der richterlichen Schätzung zu überlaſſen iſt, mithin auf das Einfache [84]).

## §. 754.

### Heutiger Gebrauch und Ausdehnung der actio de ſervo corrupto.

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird utiliter die actio de ſervo corrupto 1) dem Leibherrn wegen der Verführung ſeiner Leibeignen [85]); 2) der Mutter wegen ihrer verführten Kinder [86]); 3) dem Ehemann wegen ſeiner verführten Ehefrau [87]); 4) der Herrſchaft wegen der Verführung ihres Geſindes [88]); 5) den Militär-Chefs wegen der Verführung ihrer Soldaten [89]); und 6) der Gerichtsherrſchaft wegen ihrer verführten Unterthanen [90]) eingeräumt. Sie geht zwar überall nur auf einfachen Schadensersatz, ſie kann aber doch auch zugleich auf Beſtrafung des Verführers gerichtet werden [91]).

Lib. XI.

84) *L. 14. §. 1. D. h. t. L. 2. D. de liber. exhib.* Anderer Meinung iſt zwar CUJACIUS Obſervation. Lib. XVII. cap. 11. Allein man ſehe *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 253.

85) S. *Bern. Maurit.* HOFFMANN Diſſ. de uſu practico utilis remedii ſervi corrupti. *Altdorf. 1735.*

86) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4054.

87) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 5.

88) S. Jo. Lor. Dorns Geſinderecht §. 106. und §. 107.

89) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

90) STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XV. Th. 50.

91) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. et 10. HOFACKER loc. cit. §. 4054. in fin. Mehrere wollen jedoch behaup-

## Lib. XI. Tit. VI.

# De fugitivis.

### §. 755.

**Rechte eines römiſchen Herrn in Abſicht auf die Verfolgung entlaufener Sklaven.**

*Servus fugitivus* wurde ein ſolcher Sklave genennt, welcher ſich ohne Wiſſen und Willen ſeines Herrn in der Abſicht entfernte, um nie wieder zu ihm zurückzukehren[92]. Flohe der Sklave blos vor ſeinem erzürnten Herrn, bis ſich deſſelben Zorn gelegt hatte, oder begab er ſich aus Furcht vor Mishandlungen heimlich zu einem guten Freund, um für ihn bey dem Herrn vorzubitten, ſo war dies kein *ſervus fugitivus*[93]. Auch unterſchied man

behaupten, die actio de ſervo corrupto gehe noch jetzt auf das Doppelte. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIV. medit. 8. Corol. 3. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1214. u. a. Allein die directe Klage, welche nur eigentlich auf das Doppelte gieng, kann heut zu Tage gar nicht mehr vorkommen. Hellfeld meint zwar, der Gebrauch der actio directa laſſe ſich an den Orten nicht bezweifeln, wo noch Leibeigenſchaft herrſcht. Er läßt aber deswegen doch die Klage nicht auf das Doppelte zu.

92) *L. 17. pr. et §. 1.—13. D. de aedilit. edicto.* Don. *Raphael de* VILLOSA Tr. de fugitivis. *Neapol. 1674.* f.

93) *L. 43. §. 1. D. eodem.* VOET Comm. h. t. §. 1.

man davon einen *Erro*, d. h. einen Herumläufer[94]). Wenn nun ein römiſcher Sklave ſeinem Herrn davönlief, ſo begieng er gleichſam an ſich ſelbſt einen Diebſtahl[95]), denn er war das Eigenthum ſeines Herrn. Daher konnte der Herr den Flüchtling vindiciren, bey wem er ihn fand[96]). Hatte der Herr bey dem Magiſtrat um die Erlaubniß angehalten, den Sklaven überall aufſuchen zu dürfen, dergleichen Erlaubniß keine Obrigkeit bey einer Strafe von hundert Solidis verſagen konnte; ſo durfte ſich Niemand bey gleicher Strafe der Hausſuchung widerſetzen[97]). Diejenigen, welche zur Aufſuchung der entlaufenen Sklaven gebraucht wurden, hießen *fugitivarii*; ſie erhielten dafür einen Lohn, welcher *indicium* genennt wurde[98]). Wenn Jemand den Sklaven eines Andern zur Flucht verleitet hatte, ſo wurde dies als eine Corruption angeſehen, und deshalb die actio de ſervo corrupto auf das Dop-



94) *L. 17. §. 14. D. eodem.*

95) *L. 60. D. de furtis.* Ancilla fugitiva *ſui furtum facere* intelligitur. Daher war ein ſervus fugitivus, ſo wenig, als eine res furtiva, uſucapionsfähig. *L. 1. Cod. de ſervis fugitivis.*

96) S. *Io. Ge.* DARIES Diſſ. de iure vindicandi ſervos fugitivos. *Francof. ad Viadr. 1764.*

97) *L. 1. §. 2. D. h. t.* Ulpian ſchreibt dieſe Verordnung einem Senatusconſultum zu, ohne es jedoch zu nennen. Er bemerkt dabey, daß eben dieſes ſchon früher ſowohl durch die Lex *Favia*, als durch ein SCtum, *Modeſto* Conſule factum, verordnet worden ſey. Man vergleiche *Chriſt. Henr.* BREUNING Proluſ. ad SCtum Modeſtianum ex Cap. 1. Dig. de fugitivis. *Lipſiae 1755.* 4.

98) *L. 15. et 18. D. de praeſcr. verbis. L. 4. §. ult. D. de condictione ob turp. cauſ.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XXI. cap. 11. und VOET h. t. §. 2.

pelte verſtattet[99]). Wer hingegen den Flüchtling aufnahm und verheimlichte, wurde als ein Dieb behandelt, und gegen ihn hatte die actio furti ſtatt[100]). Nach dem neuern Römiſchen Rechte mußte der Detentor zur Strafe entweder noch einen andern Sklaven von gleicher Art dazu geben, oder dem Herrn eine Strafe von 20 Solidis bezahlen[1]). Jedoch waren diejenigen zu entſchuldigen, welche den entlaufenen Sklaven aus Mitleid, oder aus Irrthum aufgenommen hatten, weil ſie ihn für einen freyen Menſchen hielten[2]). Auch der Sklave wurde geſtraft, zuweilen ſogar mit dem Verluſte eines Beins, oder mit der Verurtheilung zum Bergbau, wenn er zu den Barbaren überlief[3]).

## §. 756.

### Heutiger Gebrauch dieſer Lehre.

Die heutigen Leibeignen ſind zwar keine römiſchen Sklaven, aber doch ihrer Perſon nicht mächtig. Der deutſche Leibeigene darf daher ohne die Einwilligung des Leibherrn zu deſſelben Nachtheil über ſeine Perſon nichts verfügen. Verletzt er deſſen ohngeachtet ſeine Pflichten ſo weit, daß er ſich ſeinem Herrn zu entziehen ſucht, und davonläuft, oder ohne deſſelben Bewilligung ſich in ſolche Verbindungen einläßt, die neben der ihm obliegenden Dienſt- und Zinspflicht nicht beſtehen können; ſo ſteht auch

99) *L. 1. pr. et §. 2. D. de ſervo corrupto.*

100) *L. 1. pr. D. h. t. L. 48. §. 1. D. de furtis.*

1) *L. penult. Cod. de ſerv. fugitiv.*

2) *L. 5. D. de ſervo corrupt. L. 4. in med. Cod. de ſervis fugitiv.*

3) *L. 2. D. h. t. L. 3. Cod. de ſervis fugitiv.*

auch dem Leibherrn ein Vindications= oder Abforderungs-recht zu, welches man das Beſatzungsrecht nennt [4]). Daß der entwichene Leibeigne auch dafür gezüchtiget werden könne, leidet keinen Zweifel [5]). Ein Leibherr kann ferner ſeinen entlaufenen Leibeigenen mit Steckbriefen verfolgen [6]); und diejenigen machen ſich ſtraffällig, welche ſolche Leibeigene aufnehmen, und ſie bey ſich verſteckt halten. Sie können auch auf das Intereſſe belangt werden [7]).

Unſere Dienſtboten ſind zwar für ihre Perſon freye Leute, ſie ſind aber doch, vermöge des Miethcontracts pflichtig, die Dienſtzeit, bis auf welche ſie ſich verdungen haben, auszuhalten, und dürfen den Dienſt vor Beendigung des Termins rechtlicher Weiſe nicht verlaſſen [8]). Hätten ſie gerechte Urſachen, nicht länger in dem Dienſt zu bleiben, ſo müſſen ſie entweder ihre Entlaſſung von der Herrſchaft in Güte zu erhalten ſuchen, oder ihre Beſchwerden der Obrigkeit anzeigen, und deren Entſcheidung abwarten. Unterlaſſen ſie dieſes, und gehen eigenmächtig und wider den Willen der Herrſchaft aus dem Dienſte, ſo können ſie nicht nur geſtraft, ſondern auch durch richterliche Hülfe gezwungen werden, wieder zu dem verlaſſenen



4) POTGIESSER Commentar. iuris germ. de ſtatu ſervorum Lib. II. cap. 9. und Lib. V. Cap. 2. §. 20. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts 6. Band. §. 545.

5) POTGIESSER cit. Commentar. Lib. II. Cap. 8.

6) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 3.

7) *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

8) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3.

Dienſt zurückzukehren, und ihre Zeit auszudienen, oder der Herrſchaft allen Schaden und Intereſſe zu erſetzen [9]. Haben ſie überdem ihrer Herrſchaft Kleider, oder andere Effecten mitgenommen, ſo können ſie als Diebe behandelt werden [10].

9) S. Joh. Lor. Dorns Verſuch einer ausführlichen Abhandlung des Geſinderechts §. 104. und §. 105. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Th. XV. not. α. Nr. V. ſqq.

10) LEYSER Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXV. Cor. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. Th. 19. in fin. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XV. Not. α. Nr. IX.

---

## Lib. XI. Tit. V.

# De aleatoribus.

### §. 757.

Bedeutung des Worts *alea*. Unterſchied zwiſchen Glücks- und Kunſtſpielen. Verſchiedene Arten der letztern, deren *L. 3. C. h. t.* Erwähnung thut.

Der Ausdruck *alea* bezeichnet überhaupt einen ungewiſſen Glückszufall, oder den ungewiſſen Ausgang eines Geſchäfts, bey dem man gewinnen und verlieren kann. Daher *conventio aleae*, ein Vertrag, der über einen künftigen ungewiſſen Gewinn geſchloſſen wird [11]). Inſonderheit aber wird *alea* in den Geſetzen des Röm. Rechts jedes Glücksſpiel genennt, wobey der aufs Spiel geſetzte Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhängt [12]). Dergleichen Spiel geſchahe bey den Römern mit Würfeln, welche von zweyerley Art waren, *tali* und *teſſerae*, die ſich durch ihre Form, verſchiedene Art der Bezeichnung, und Materie unterſchieden, wie Ajala [13]) mit vieler Ge-

 lehr-

11) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt. L. 7. et 11. D. de heredit. vel act. vend.* S. BRISSON. de Verbor. Signif. v. *Alea.*

12) *Petr. Pantoja de* AIALA Commentar. in Tit. Digeſtor. et L. fin. Cod. de aleatoribus. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 914. ſqq.)

13) Comm. cit. ad L. fin. Cod. de aleat. bey OTTO T. IV. p. 1010. ſq.

lehrſamkeit gezeigt hat. Von der alea unterſchied man die Kunſtſpiele, (*ludi artis*) wodurch man den Muth übte, und den Körper abhärtete, auch demſelben Geſchicklichkeit und Gewandtheit zu verſchaffen ſuchte. Juſtinian erlaubt namentlich fünf Spiele dieſer Art[14]. 1) *Monobolos*. Dieſer Ausdruck wird verſchiedentlich erklärt. **Pancirolus**[15]) verſteht darunter das Wurfſpiel, wobey der Wurfſpieß oder Pfeil mit der bloßen Hand ohne Riemen geſchleudert wurde. Es ſoll eben das Spiel ſeyn, wovon **Paulus** ſagt *L*. 2. *D. h. t.* Si quis certet haſta, vel pilo iaciendo. **Balſamon**[16]) verſteht darunter das Wettlaufen. **Cujaz**[17]) und **Ajala**[18]) hingegen erklären jenen Ausdruck von einem Springen ohne Hülfe einer Stange oder eines Springſtocks. 2) *Contomonobolos* iſt das Springen mit Hülfe einer Stange oder Springſtocks. **Cujaz** ſagt ſaltus conto ſuffultus. So erklären es auch **Ajala** und **Balſamon**. **Pancirolus** hingegen ſagt: *Contomonobulum* ludus eſt conti et ipſius ſemel iaculandi. 3) *Quintanus Contax ſine fibula*. Das Werfen eines Pfeils oder Spieſes ohne Schwungriemen. So erklärt es **Ajala**. **Pancirolus** hingegen ſagt: *Quintanae* ludus eſt, quo contus a currente equite in hominem ligneum figitur. Er leitet den Namen a Quintana via her, quae in caſtris Romanis in Quintanam

14) *L. 1. L. 3. C. h. t.*

15) Theſaur. variar. Lection. Lib. I. cap. 47.

16) Nomocanon. Tit. XIII. cap. 28.

17) Paratitla in Cod. h. tit.

18) Commentar. in L. fin. Cod. de aleator. bey OTTO Tom. IV. pag. 1086.

tanam portam exibat. Denn an dieſem Orte pflegten die römiſchen Soldaten zu exerciren. Cujaz und Ajala hingegen leiten den Namen von dem Erfinder dieſes Spiels her. 4) *Pericbyte.* Das Kämpfen und Ringen. Ajala ſagt mit Cujaz eſt luctae exercitatio, ſ. colluctatio. Pancirolus hingegen ſagt: *Pericbytes* quid ſit, difficile eſt ſcire, forte legendum πυῤῥίχην, quod eſt genus ſaltationis, qua armati quandoque exercebantur, praecipue vero motiones corporis imitabantur, velut ictus iactusque in ſe factos declinantes. 5) *Hippice* iſt das Wettfahren oder Wettrennen mit Pferden. *Hippodromus* [19]). Dieſe Kunſtſpiele waren erlaubt, wenn ſie auch um Geld geſchahen. Nur durfte man auch hier nicht zu hoch ſpielen. Das Geſetz erlaubt auch ſelbſt den Reichen nicht über einen Solidus zu ſpielen [20]). Ein bey den Römern erlaubtes Kunſtſpiel, wobey man blos den Verſtand übte, ſcheint zwar auch das Schachſpiel, *ludus latrunculorum* ſeu *ſcaccorum*, geweſen zu ſeyn [21]). Seneca [22]) gedenkt wenigſtens dieſes Spiels öfters, als eines erlaubten Spiels. Juſtinian hat es aber doch unter den von ihm ausgenommenen fünf erlaubten Spielen nicht mit aufgeführt; ſondern verbietet alle Spiele um Geld

19) Ueber dieſe verſchiedenen Arten der erlaubten Spiele vergleiche man noch STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 14—18.

20) *L. fin. Cod. de aleator.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. verſteht unter dem *Solidus* einen aureus.

21) S. *Guid.* PANCIROLLUS in Theſ. variar. Lection. utriusq. iuris. Lib. I. cap. 48.

22) *Epiſt. 106. nr. 11.* — Latrunculis ludimus. et *Epiſt. 117. nr. 30.*

Geld und Geldeswerth, welche nicht zur Abhärtung des Körpers und zur Uebung des Muths abzwecken [23]). Bloße Glücksſpiele, *ludi alearum*, waren nun ſchon von jeher bey den Römern verboten. **Marcian** [24]) gedenkt deshalb der *Lex Titia*, *Publicia* und *Cornelia*. Zwar fehlen uns hierüber die weitern Nachrichten [25]). Allein unſtreitig ſind dieſelben eben diejenigen Geſetze, worauf Horaz [26]) zielt, wenn er von der *alea legibus vetita* ſpricht. Es iſt alſo nur Erneuerung eines alten Verbots, wenn **Juſtinian** *L. 3. Cod. h. t.* ſagt:

Alearum uſus antiqua res eſt, et extra operas pugnatorias [27]) conceſſa, verum pro tempore abiit in lachrymas, multa millia extranearum nationum ſuſcipiens. Quidam enim nec ludentes, nec ludum ſcientes, ſed numeratione tantum proprias ſubſtantias perdiderunt, die noctuque ludendo, argento, apparatu lapidum, et auro. Conſequenter autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur, et inſtrumenta conficiunt. Commodis igitur ſubjectorum proſpicientes, hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere, neque

23) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 12.

24) *L. 3. D. h. t.*

25) S. *Ant.* AUGUSTINUS de Legib. et SCtis. (*Paris. 1584.* f.) pag. 57. pag. 121. u. pag. 141. und AIALA cit. Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. IV. pag. 987.

26) Carm. Lib. III. Od. 24. v. 58.

27) So leſen Charondas, Godefroi, und Spangenberg. Allein Ruſſard, Baudoza, und Hugo a Porta haben *pugnatoribus*, welches richtiger zu ſeyn ſcheint.

neque in genere neque in ſpecie, et ſi contra factum fuerit, nulla ſequatur condemnatio, ſed ſolutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur ab his, qui dederint, vel eorum heredibus, aut his negligentibus, a Patre aut defenſoribus illius civitatis: vel recipiat fiscus, non obſtante niſi quinquaginta annorum praeſcriptione: Epiſcopis vero locorum hoc providentibus, et Praeſidum auxilio utentibus. Deinceps vero ordinet quinque ludos, Monobolon, Contomonobolon, Quintanum contacem ſine fibula, et perichyten, et hippicem, quibus ſine dolo atque callidis machinationibus ludere permittimus. Sed nec permittimus etiam in his ludere ultra unum ſolidum, ſi multum dives ſit: ut ſi quem vinci contigerit, caſum gravem non ſuſtineat. Non enim ſolum bella bene ordinamus, ſed et res ludicras [28]). Sed iſtam interminantes poenam transgreſſoribus, poteſtatem dando epiſcopis hoc inquirendi, et Praeſidum auxilio ſedandi. Prohibemus etiam, ne ſint equi ſeu equeſtres lignei [29]); et ut

28) Baudoza lieſet res ſacras. Godefroi und Charondas haben res ſacras ludicras. Allein dieſe Leſeart iſt offenbar unrichtig. Res ludicras haben Ruſſard, Hugo a Porta und Spangenberg.

29) Was dies für eine Art von Spielen geweſen ſeyn mag, iſt unbekannt. Balſamon führt in ſeinem Nomocanon die verſchiedenen Meinungen an, unter denen Ajala in Comm. ad L. fin. D. de aleator. (bey OTTO IV. p. 46.) folgende für die wahrſcheinlichſte hält: *ligneam eſſe fabricam per ſcalas ligneas exaltatam, habentem in medio diverſa foramina. Nam qui hoc genere ludebant, quatuor globulos diverſorum colorum ſuperiiciebant ex ſuperiori parte; et qui primus globulorum per foramina ex*

ut ſi quis ex hac occaſione vincatur, hoc ipſe recuperet domibus eorum publicatis, ubi haec reperiuntur. Si autem noluerit recipere is, qui dedit, procurator noſter hoc inquirat, et in opus publicum convertat. Similiter et iudices prohibeant, ut a blasphemiis, et periuriis, quae ipſorum inhibitionibus debent comprimi, omnes homines penitus conquieſcant.

Darin weicht jedoch **Juſtinian** von der Strenge der åltern Geſetze ab, daß er wegen des verbotenen Spielens keine Strafen, ſondern blos privatrechtliche Folgen beſtimmt hat, dahingegen nach den åltern Geſetzen gegen die Spieler eine peinliche Rechtsverfolgung (iudicium publicum) Statt hatte [30]). Es iſt daher unrichtig, wenn von vielen neuern Criminaliſten [31]) behauptet wird, daß das Römiſche Recht die Hazardſpiele zu den criminibus extraordinariis rechne [32]). Nach **Juſtinians** Vorſchrift ſollen blos Håuſer, wo hölzerne Spielpferde gefunden werden, dem Fiscus zufallen [33]); und in einer neuern Verordnung deſſel-

*ex ultimo foramine egrediebatur, hic victoriam dabat ei, qui projecerat.* Allein die Sache bleibt im Dunkeln. S. POTHIER Pand. Iuſtin. Tom. I. h. t. nr. VII. not. h.

30) CICERO *Orat. Philipp. II. cap. 23.*

31) v. Quiſtorp Grundſåtze des teutſch. peinl. Rechts I. Th. §. 435. Klein Grundſ. des peinlichen Rechts §. 465. u. a. m.

32) Das Gegentheil haben ſchon långſt *Ant.* MATTHAEUS de criminibus Lib. XLII. Tit. ult. Cap. 6. nr. 3. und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. XXXIII. Th. 7. gezeigt.

33) Daß das den Spielern eingeråumte Haus außerdem dem Fiscus anheimgefallen ſey, wie Quiſtorp a. a. O. und Klein a. a. O. behaupten wollen, iſt unerweislich. Ueberdem

deſſelben[34]) werden blos gegen Geiſtliche, zur Aufrecht⸗erhaltung der Kirchenzucht, kirchliche Strafen beſtimmt[35]). Auch die gemeinen deutſchen Geſetze, und unter dieſen auch die peinliche Gerichtsordnung Carls V. haben keine Strafe für unerlaubte Spiele feſtgeſetzt[36]). Nach mehreren deutſchen Provinzialgeſetzen hingegen iſt das Hazardſpiel bey nahmhafter Geld⸗ und anderer Strafe verboten[37]).

Es iſt wohl unſtreitig ein Irrthum, wenn Hellfeld die Glücksſpiele für nichts anders, als conditionatae de donando conventiones halten, und aus dieſem Grunde dieſelben nach dem Naturrechte rechtfertigen will. Man darf ſich nur einen richtigen Begriff vom Spielgeſchäft machen, ſo wird man ſich ohne Schwierigkeit überzeugen, daß es ein oneroſes Geſchäft ſey. Spiel iſt nämlich ein ſolches Geſchäft, wobey der ungewiſſe Ausgang eines gewiſſen Thatumſtandes, oder einer beſtimmten Bedingung, welcher entweder vom bloßen Zufall abhängt, oder durch Geſchicklichkeit, oder durch beydes zugleich bewirkt werden kann, entſcheidet, welche von zwey oder mehreren dabey intereſſirten Perſonen den Vorzug oder Gewinn haben ſolle. Die

dem fällt dies heut zu Tage weg, was das Röm. Recht wegen der hölzernen Spielpferde verordnet hat. S. LEYSER Specim. CXXVI. medit. 3. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 916. a. E.

34) *Nov. CXXIII. cap. 10.*

35) S. FEUERBACHS Lehrbuch des peinl. Rechts §. 445.

36) S. Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutſchen peinlichen Rechts 3. Th. §. 561. S. 550.

37) Beyſpiele führt Quiſtorp an 1. Th. §. 437. Not.*. S. 656.

Die Beſtimmung der entſcheidenden Bedingung, ſo wie die Beſtimmung des Gewinſtes, der dem Sieger zu Theil werden ſoll, iſt die Folge einer Uebereinkunft, welche man den Spielvertrag nennt. Dieſer Vertrag iſt alſo ſeiner Natur nach 1) ein bedingtes Geſchäft. Denn es hängt die Erwerbung des verabredeten Gewinnes von der Exiſtenz einer beſtimmten Bedingung ab. 2) Jeder der Spielenden macht ſich verbindlich, daß er dem Andern, für welchen die Bedingung günſtig ausfallen wird, ſeine Rechte an der aufs Spiel geſetzten Sache abtreten wolle. Es iſt alſo 3) ein oneroſer Vertrag, denn es liegt ein gegenſeitiges Verſprechen zum Grunde, im Falle ein ungewiſſer Thatumſtand exiſtiren, oder nicht exiſtiren ſollte, Etwas an den Andern verlieren zu wollen [38]). Hiermit widerlegen ſich ſchon vorläufig die unrichtigen Folgerungen, welche Hellfeld im Betreff der Inſinuation und Verletzung des Pflichttheils aus ſeiner Idee ableitet, wovon §. 759. ein Mehreres.

## §. 758.

### Grundſätze des Römiſchen Rechts vom Spiel.

Es iſt bereits bemerkt worden, daß das neuere Römiſche Recht mit dem Verbot des Spiels nur hauptſächlich privatrechtliche Folgen verknüpft. Sie beſtehen darin. 1) Der

38) S. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 915. wo er Hellfelds Meinung mit Recht verwirft. Richtiger ſagt Dabelow im Handbuch des heutigen gem. Röm. deutſchen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Not. c. Spielvertrag iſt ein Vertrag zwiſchen zwey oder mehreren Perſonen, deſſen wechſelſeitige Leiſtungen vom bloßen Glücke, von der Geſchicklichkeit der Paciſcenten, oder von beydem zugleich abhängig ſind.

1) Der ganze Spielvertrag iſt nichtig, und zwar ſo nichtig, daß das, was im Spiel verloren worden, nicht nur nicht gefordert, ſondern ſogar, wenn es ſchon bezahlt iſt, ſelbſt von dem Verlierenden gegen allgemeine Grundſätze unbedingt zurückgefordert werden kann[39]). Eben dieſes Recht ſteht den Erben zu; und wenn es auch dieſe nicht zurückfordern, ſo kann es von der Obrigkeit des Orts oder vom Fiscus geſchehen[40]). Hat ein filius familias das Geld verſpielt, ſo kann es der Vater zurückfordern[41]), und überall ſoll die Klage wegen der Zurückforderung erſt nach funfzig Jahren präſcribirt ſeyn[42]). Selbſt gegen den Vater und Patron wird dem Sohn und Freygelaſſenen eine actio utilis oder in factum aus dem Edict des Prätors geſtattet, um das an ſie im Spiel Verlorne zurückzufordern[43]).

2) Wer

39) Sonſt iſt es eine Regel: Si et dantis et accipientis turpis cauſa ſit, poſſeſſor potior eſt, et ideo repetitio ceſſat. *L. 8. D. de condict. ob turp. vel iniuſt. cauſ.* Dieſe Regel ſollte auch hier gelten. Denn wer ſich in ein verbotenes Spiel eingelaſſen, und das Verlorne bezahlt hat, hat im Ganzen eben ſo unerlaubt gehandelt, als der andere, welchem das Glück günſtiger war. Nun ſollen in einem ſolchen Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen, weil beyde Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geſchäfts die Geſetze übertreten. Allein die Geſetze machen gleichwohl bey Spielſchulden eine Ausnahme. S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

40) *L. 3. C. h. t.*

41) *L. 4. §. 1. D. h. t.*

42) *L. 3. Cod. h. t.*

43) *L. ult. §. ult. D. h. t.* wobey die *Scholia Baſilicorum Lib. LX. Tit. 8.* Tom. VII. *pag. 234. lit. L.* zu vergleichen ſind, und zwar die

Worte

2) Wer wiſſentlich Geld zu einem verbotenen Spiel dargeliehen hat, er ſey Mitſpieler oder nicht, kann das Anlehn nicht zurückfordern. Viele Rechtsgelehrten [44]) wollen zwar behaupten, daß einem Dritten, der an dem Spiel ſelbſt weiter keinen Antheil genommen hat, die Klage auf Wiederbezahlung des Darlehns nicht verſagt werden könne, weil bey demſelben nicht eben der Grund, wie bey dem Mitſpieler, eintrete, welcher den Schuldner durch den Geldvorſchuß zum Spiel zu verleiten ſuchte, um ſich mit ſeinem Schaden zu bereichern. Allein dagegen verdient erwogen zu werden, daß derjenige, welcher wiſſentlich Geld zur Beförderung einer verbotenen Handlung hergiebt, ſich derſelben theilhaftig macht[45]); und wenn Jemand beym Spiel einem Andern eine Sache verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten, ſo hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, wenn ihm die Sache evincirt wird [46]). Warum ſollte denn derjenige eine Klage haben, welcher wiſſentlich zum Spiel Geld dargeliehen hat? Hierzu kommt noch, was Ulpian [47]) ſagt: Si *quaſi perdituro*

Worte εἰ δὲ καὶ. etc. welche auf folgende Art richtiger überſetzt werden müſſen: *Si vero etiam patres liberos, vel patroni libertos vicerint, datur contra patres et patronos utilis actio.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. ult. und *Ant.* SCHULTING Theſium controverſar. Decad. XXXIII. Th. 9.

44) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. CARPZOV Reſponſ. iur. Lib. VI. Reſp. 96. nr. 15. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2070. Gebr. Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Meditat. 95. u. MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 463. nr. II. pag. 279.

45) *L. 7. D. de Lege Pompeia de parricid.*

46) *L. 2. §. 1. D. Quarum rerum actio non dat.*

*turo* pecuniam ſciens credideris, non habebis actionem. Man ſetzt uns zwar verſchiedene Stellen aus dem römiſchen Recht entgegen; allein eine genauere Prüfung derſelben wird jeden überzeugen, daß ſie für jene Meinung nichts beweiſen. Die eine iſt die *L.* 3. §. 6. *D. de in rem verſo*, wo **Ulpian** ſagt: Nec non illud quoque in rem domini verſum, *Labeo* ait, quod mutuatus ſervus, domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel ſi quid ad delicias, vel ſi quid ad turpes ſumtus ſubminiſtravit: neque enim ſpectamus, an bono domini ceſſerit, quod conſumtum eſt, ſed an in negotium domini. Es iſt hier nicht von dem Falle die Rede, da dem Sklaven etwa das Geld von dem Dritten wiſſentlich zur Beförderung einer unerlaubten Handlung ſeines Herrn war dargeliehen worden; ſondern der Sklave hatte Geld geborgt, und daſſelbe, jedoch mit Bewilligung ſeines Herrn, zu ſolchen Sachen verwendet, die blos zur Schwelgerey und Ueppigkeit dienten. Nun entſtand die Frage, ob unter dieſen Umſtänden die actio de in rem verſo gegen den Herrn begründet ſey? Mit Recht entſcheidet **Ulpian** dieſe Frage bejahend, weil es genug iſt, daß das Geld für den Herrn, und zwar ſeinem Willen gemäß, verwendet worden, und dem Kläger, der ſein Geld in gutem Glauben dargeliehen hatte, nichts zur Laſt zu legen war, wie **Anton Faber**[48]) dieſes Fragment ganz richtig erklärt hat. **Ajala**[49]), welcher dem Dritten, der Geld zum

47) *L.* 12. §. 11. *D. Mandati.*

48) Rational. in Pandect. Tom. II. ad L. 3. §. 6. D. de in rem verſo. pag. 246.

49) Commentar. ad L. 4. D. de aleator. bey OTTO Tom. IV. pag. 1002.

zum Spiel darliehe, nur dann die Klage abſpricht, wenn er das Spiel in ſeinem Hauſe geſtattete, führt noch eine andere Stelle an, woraus er beweiſen will, daß außerdem die Bezahlung eines ſolchen Anlehns ſogar mittelſt einer Klage verfolgt werden könne. Es iſt die *L. 1. §. 17. D. Si quid in fraudem patroni*, wo **Ulpian** ſagt: Si mutuam pecuniam libertus in fraudem patroni acceperit, an faviana locum habeat, videamus: et quod remedium in hoc eſt. Accepit mutuam: ſi, quod accepit, donavit, convenit eum patronus, cui donavit libertus, ſed accepit, et prodegit: non debet perdere, qui *mutuum* dedit; *nec ei imputari, cur dedit.* Allein die letztern Worte dieſes Fragments beweiſen ja nur zu deutlich, daß der Gläubiger an der Argliſt des Freygelaſſenen keinen Theil genommen hatte. Warum hätte ihm alſo die Klage verſagt werden ſollen? Wie kann nun dieſe Stelle auf den Fall angewendet werden, wenn ein Dritter wiſſentlich Geld zu einem verbotenen Spiel darleihet? Hier kann man doch gewiß von einem ſolchen Gläubiger nicht ſagen, *non poteſt ei imputari, cur dedit.* Mit Recht ſprechen daher in dieſem Falle **Brunnemann**[50]), **Stryk**[51]), **Leyſer**[52]), **Emminghaus**[53]), **Weber**[54]) und **Thibaut**[55]) dem Gläubiger die Klage auf Zurückforderung des Anlehns

50) Commentar. ad L. 8. D. Pro emtore nr. 1.

51) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 10. in fin.

52) Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXVI. Corol. 1. pag. 607.

53) Ad *Coccejum* c. l. Qu. 2. not. i.

54) Syſtemat. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 76. S. 321.

55) Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 916.

lehns ab. Iſt es ihm aber freywillig und wiſſentlich wiederbezahlt worden, ſo iſt er nicht verbunden, es wieder herauszugeben. Denn hier iſt keine ſpecielle Verordnung vorhanden, welche die Zurückforderung des einmal Bezahlten geſtattet[56]).

3) Wer Spieler aufnimmt, kann keine Genugthuung noch Schadloshaltung fordern, wenn er deswegen von Jemanden injuriirt worden iſt, oder ſonſt bey dieſer Gelegenheit einen Schaden erlitten hat[57]). Der Prätor verordnete deshalb in ſeinem Edict, wie **Ulpian** *L. 1. pr. D. h. t.* die Worte aufbehalten hat:

Si quis eum, apud quem alea luſum eſſe dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, ſive quid eo tempore



56) Man vergleiche vorzüglich Weber in der angef. Schrift §. 76. Nr. 1. S. 321. f. und THIBAUT a. a. O. S. 311.

57) AJALA in Commentar. ad L. 1. D. h. t. bey OTTO Tom. IV pag. 914. glaubt, daß dieſe Verordnung nur auf diejenigen gehen, deren Haus jedem Spieler offen ſteht, und die alſo von der Aufnahme der Spieler Profeſſion machen, und daraus für ſich Gewinn und Vortheile ziehen. Dieſe, ſagt er, wären eigentlich *aleatores* genennt worden. Von dieſen rede das Edict des Prätors; und nur diejenigen ſeyen daher ALEATORES zu nennen, *qui frequenter et emolumenti cauſa luſores domi recipiunt.* Allein aus den Geſetzen erhellet dieſe Erklärung nicht. Es iſt ihr auch die Allgemeinheit der Ueberſchrift des Titels ſowohl in den Pandecten als Codex entgegen, und auch aus andern Stellen erhellet, daß *aleatores* überhaupt diejenigen genennt werden, welche verbotene Spiele treiben. *L. 4. §. 2. L. 19. §. 1. D. de aedilit. edict. L. 225. D. de Verb. Sign.* S. BRISSONIUS de Verb. Sign. h. v.

pore dolo eius [58]) ſubtractum eſt, iudicium non dabo.

Ob der Schade von den Spielern ſelbſt, oder von andern geſchehen iſt, iſt gleichviel [59]); eine Klage ſoll ein für allemal dem Aufnehmer (Susceptor) nicht zuſtehen, wenn er bey Gelegenheit des Spiels oder um des Spielens willen

58) So leſen die florentiniſchen Ausgaben, als die Ruſſardiniſche, die Charondaiſche, die von Hugo a Porta, und die Gebauerſche. Baudoza und Haloander hingegen haben ſtatt dolo eius, *domo eius*, und dieſe Leſeart billigen beſonders *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 259. §. De aleatoribus. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 1. pr. D. h. t. AJALA in Comm. ad L. 1. cit. pag. 914. et 916. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. ſec. ord. Dig. h. t. §. 1. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuſc. poſtum. ſ. Hiſtor. Edictor. ad Tit. LV. Edicti perpet. not. d. pag. 538. Mit dieſer Leſeart ſtimmen auch die Baſiliken überein, welche Tom. VII. p. 220. ἐξ αὐτοῦ κλέψας haben. Gebauer macht zwar den Einwurf, daß es *ex domo* heißen müßte; er bemerkt jedoch ſelbſt, daß die fehlende Präpoſition durch eine Gemination des Buchſtabens E in dem Worte tempore leicht ergänzt werden könne, wenn man nämlich *tempore e domo eius* lieſet. Unſer Erlanger Pandecten Codex hat hier die beſte Leſeart. Er lieſet nämlich *de domo eius*. Daß auf jeden Fall ſtatt dolo vielmehr *domo* geleſen werden müſſe, erhellet theils daraus, weil *dolo* bey *ſubtractum* ein ganz unnützes Prädicat ſeyn würde, da es ſich von ſelbſt verſteht, daß ein Diebſtahl nicht ohne dolus gedacht werden kann; theils ſieht man es aus der nachfolgenden Interpretation des Ulpians *L. 1. §. 2. D. h. t.* wo er das Wort *domus* erklärt. *Domum* autem, ſagt er, pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum eſt.

59) S. MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iuris civ. Exercit. XV. Th. 53. not. 5.

willen einen Schaden oder Beſchimpfung erlitten hat. Aber merkwürdig iſt der Unterſchied, den Ulpian bey der Auslegung des Edicts macht, nämlich ob der Aufnehmer beſtohlen worden iſt, oder ob er ſonſt einen Schaden oder Beſchimpfung erlitten hat. Im erſten Fall wird ihm nur dann die Klage verſagt, wenn der Diebſtahl in ſeiner Wohnung, und zur Zeit des Spielens geſchahe; in dem letztern Fall hingegen ſoll ihm ſchlechterdings keine Klage zuſtehen, die Beleidung ſey geſchehen, wo, und zu welcher Zeit ſie wolle. Ulpian ſagt nämlich *L. 1. §. 2. D. h. t.*

Item notandum, quod ſusceptorem *verberatum* quidem, et *damnum paſſum*, ubicunque et quandocunque non vindicat: verum *furtum* factum domi, et eo tempore, quo alea ludebatur, licet luſor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit.

Wiſſenbach[60]) findet dies zwar ſehr paradox und ungerecht. Denn was heißt dieſes anders, ſagt er, als die Menſchen zu Diebſtälen, Injurien, und Beſchädigungen unter dem Verſprechen der Impunität anreitzen? Ueberdem ſtehe dieſe Verordnung mit dem bekannten Ausſpruch der Geſetze[61]) im Widerſpruche, *quod haud impunita maleficia eſſe oporteat.* Allein es verdient hier einen Platz, was Anton Faber[62]) zur Vertheidigung des Prätors geſchrieben hat. Dignus quidem ille eſt, ſagt er, qui

 hunc

60) Exercitatt. ad Pand. Disput. XXIII. Th. 16.

61) *L. 51. §. 2. D. ad Leg. Aquil.*

62) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. T. II. P. II. pag. 541. Faſt eben dieſer Gründe bedient ſich zur Vertheidigung des Prätors auch MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XV. Th. 53. not. ξ.

hunc verberavit, vel ei rapinam fecit, vel in eius domo aliquid dolo malo admiſit, ut puniatur, ne, quod malo more doloque admiſſum eſt, remaneat *impunitum* Sed indignus ille, qui ad luſum aleae *domum* ſuam praebuit, ut actionem ei Praetor accommodet: cum poſſit ipſi culpa imputari, cur ludum illicitum in domum ſuam induxerit. Ideoque nec damnum ullum ſentire videatur. Prius enim quaerendum eſt de actoris, quam de reï indignitate, et cum utriusque turpitudo in hoc caſu verſetur, aut ſaltem indignitas, aequum eſt, meliorem eſſe cauſam poſſidentis, et deteriorem agentis. Bene autem Praetor credidit, non melius et efficacius aleae luſum prohiberi poſſe, quam ſi nemo ſit, qui apud ſe alea luſum velit. Nec melius rurſum deterreri eos, qui alioquin aleae luſum apud ſe ſuſcepturi eſſent, quam ſi viderent contra ſe promiſſam a Praetore delinquentibus impunitatem.

Ulrich Huber[63]) zweifelt indeſſen, ob durch dieſe Gründe, ſo ſcharfſinnig auch das Edict des Prätors dadurch gerechtfertiget worden, der Wiſſenbachiſchen Cenſur ein vollkommenes Genüge geſchehen ſey. Er ſieht daher die Sache von einer andern Seite an. Mit Recht, ſagt er, verſage der Prätor ſeine Rechtshülfe denjenigen, welche Spieler aufnehmen, wenn ſie deswegen einen Schaden oder eine Beſchimpfung erlitten haben, und es bloß auf bürgerliche Rechtsverfolgung ankommt. Allein dies hinderte den Praefectus urbis, welchem die Criminaljurisdiction zuſtand, keinesweges, vorgefallene Frevel von Amtswegen zu ahnden. Daß heut zu Tage dergleichen obrigkeitliche Ahndung

63) Eunom. Roman. Lib. XI. ad L. 1. pr. D. h. t. §. 4. pag. 453.

dung keinen Zweifel unterworfen ſeyn dürfte, iſt wohl nicht zu läugnen[64]. Allein man erwäge, daß nach dem Römiſchem Rechte ein obrigkeitliches Verfahren von Amtswegen in Criminalſachen nicht Statt hatte[65], und daß, wenn dem Beleidigten ſelbſt das Recht, Genugthuung zu fordern, verſagt war, auch gewiß keine peinliche Anklage Statt haben konnte. Es iſt auch der Ausdruck: *impune fit*, von zu ausgedehntem Umfange, als daß eine obrigkeitliche Beſtrafung von Amtswegen nach dem römiſchen Rechte noch angenommen werden könnte. Aus dieſen Gründen hat wohl Ajala[66] nicht unrecht, wenn er ſagt: Verum adeo inviſi ſunt legibus *Aleatores* (ſo nennt er die Susceptores luſorum) tantusque publicae utilitatis verſatur favor in eorum exterminatione, ut verberati, injuriis et damno affecti, rei familiaris furto fraudati non ſolum actione deſtituantur, ſed etiam iudicis officio priventur; ita ut iudex pro arbitrio non poſſit haec crimina inquirere, et cauſa cognita in aggreſſores animadvertere. — Hic igitur eſt caſus, ut advertit Odofredus, in quo delicta contra ea Iuliani verba: *cum neque impunita maleficia eſſe oporteat*, publicam effugiunt animadverſionem. Und Voet[67] fügt noch den Grund



64) Eben dieſes behaupten auch STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 11. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. und THIBAUT im Syſt. des P. R. 2. B. §. 916. lit. D.

65) Obſervat. ſelect. ad *Carpzovii* Practic. nov. rer. crim. Qu. CIII. Obſ. 2. P. III. pag. 3.

66) Commentar. in L. 1. D. de aleator. bey OTTO T. IV. pag. 919 nr. 15.

67) Commentar. ad Pand. h. t. §. 3.

Grund hinzu, um die oben angeführte Meinung des Wiſſenbachs zu widerlegen: Nec eſt, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, ſi certiorem ſequamur rationem, id ita cautum ſit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus praebebant occaſionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam eius, non ſufficeret Praetor, caeterique Magiſtratus, ſinguli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum Praetoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac praecipue in *L. ult. D. Quod quisque iuris in alterum ſtatuerit.*

Wenn die Spieler einander ſelbſt beleidigen, oder berauben, oder ſonſt Schaden zufügen, ſo bleibt es beym gemeinen Recht, und die in einem ſolchen Falle zuſtehende Klage findet unter den Spielern gegenſeitig Statt. Ulpian hat dieſes ebenfalls bemerkt, wenn er *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* ſagt:

Si rapinas fecerint inter ſe colluſores, *vi bonorum raptorum* non denegabitur actio: *ſusceptorem* enim duntaxat prohibuit vindicari, *non et colluſores*, quamvis et hi indigni videantur [68]).

4) Geiſtliche, welche unerlaubten Spielen beywohnen, werden ſuſpendirt [69]); und

5) die-

68) Man ſehe über dieſe Stelle AJALA Comment. in h. L. p. 921.

69) *Avth.* Interdicimus *Cod. de Epiſcop. et cleric.* welche aus der *Nov. 123. cap. 10.* genommen iſt. S. *van* ESPEN Ius eccleſ. univ. P. I. Tit. II. Cap. 5.

5) diejenigen, welche zum Spiel zwingen, werden mit Geld, oder Gefängnißſtrafen belegt. Der Prätor ſagt in ſeinem Edict, wie Ulpian die Worte deſſelben *L.* 1. *pr. et* §. 4. *D. h. t.* aufbehalten hat:

*In eum, qui aleae ludendae cauſa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.*

und erklärt daſſelbe auf folgende Art: Haec clauſula pertinet ad animadverſionem eius, qui compulit ludere, ut aut multa multetur, aut in *lautumias*[70]) vel in vincula publica ducatur.

## §. 759.

### Heutige Anwendbarkeit dieſer Grundſätze.

Ob die Grundſätze des Römiſchen Rechts über das Spiel noch heutiges Tages gelten, iſt eine Frage, worüber die

70) *Lautumiae* ſind keine lapidicinae, wie *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. meint; ſondern eine Art Gefängniß, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 259. zeigt. Der Name ſtammt aus Syracus, wo das unterirdiſche Gefängniß, welches der Tyrann Dionys zur Beſtrafung der Römer erbauen ließ, dieſen Namen führte. Daher nennt Cicero *Orat. Verrin. VII.* dieſes Gefängniß *Lautumiae Siracuſanae.* Die Römer verſtanden darunter dasjenige unterirdiſche Gefängniß, welches man das *Tullianum* nannte, vom König Tullus Hoſtilius. *Varro de Lingua Lat.* Lib. IV. und SALLUSTIUS *Conjurat. Catilin.* prope fin. Ausführlich haben davon *Franc.* POLLETUS in Hiſtoria fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 510. ſqq. und *Pentoja de* AJALA in Commentar. in L. 1. D. de aleat. pag. 930. ſqq. gehandelt. Man ſehe auch BRISSON. de V. S. h. v.

die Rechtsgelehrten unter ſich nicht einig ſind. Einige wollen an der heutigen Anwendbarkeit derſelben darum zweifeln, weil die Erfahrung des gemeinen Lebens lehre, daß nicht nur unſere Fürſten und Landesherrn ſelbſt *ſpielen*, ſondern auch das Spielen dulten. Sie laſſen ſogar die Karten ſtempeln, und ertheilen denjenigen, die ſie verfertigen, die Privilegien eines Monopols. Ja, indem ſie nur einige Spiele namentlich in ihren Landen verbieten, haben ſie die übrigen eben dadurch ſtillſchweigend erlaubt. So urtheilen Schöpfer[71]) und Beyer[72]). Andere[73]) hingegen behaupten, daß zwar wegen einer Spielſchuld keine Klage Statt finde, aber auch das im Spiel Verlohrne, wenn es ſchon bezahlt iſt, nicht wieder zurückgefordert werden könne. Noch andere[74]) geſtatten ſogar wegen einer Spielſchuld eine Klage, wenn der Verſpielende die freye Verwaltung ſeines Vermögens hat, auch nicht über 500 Ducaten verlohren, noch ſeine Kinder dadurch im Pflichttheile verletzt, und auch ſich ſelbſt dadurch nicht übermäßig an ſeinem Vermögen geſchadet hat. Die richtigſte Meinung iſt jedoch unſtreitig die Meinung derjenigen Rechts-

71) Synops. Pand. h. t. nr. 19. und in Diſſ. de hodierna ludorum iuſtitia. *Francof. 1696.*

72) Delineat. Dig. h. t.

73) CARPZOV Reſponſ. iur. Lib. VI. Reſp. 96. nr. 16. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 7. Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts 2. Band §. 211.

74) LUDOVICI Doct. Pandectar. h. t. §. 4. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.

Rechtsgelehrten[75]), welche die Grundſätze des römiſchen Rechts über das Spiel auch heut zu Tage noch für gültig und anwendbar halten, ſoweit nicht Particulargeſetze ein anderes verordnen. Man hat alſo vor allen Dingen darauf zu ſehen, was die Landesgeſetze eines jeden Orts wegen des Spielens überhaupt, und der Spielſchulden insonderheit verordnen. Nach dieſen muß man ſich vor allen Dingen richten. Nun laſſen ſich zwey Fälle gedenken. Es ſind entweder in denſelben nur bloß gewiſſe Spiele, z. B. wahre und bloße Hazardſpiele unter beſtimmten Strafen verboten, oder es ſind gewiſſe Spiele an ſich erlaubt, aber auf eine gewiſſe mäßige Summe Geldes, die man in einem ſolchen Spiele verſpielen oder gewinnen darf, eingeſchränkt worden[76]). In dem erſten Falle ſind zwar diejenigen Spiele, welche unter dem landesherrlichen Verbote nicht begriffen ſind, für ſtillſchweigend verſtattet zu halten; ſie müſſen aber doch in ihren rechtlichen Folgen nach dem gemeinem Rechte, als welches hierdurch keinesweges für auf-

75) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVI. medit. 3. WERNHER ſelect. Obſervat. for. Tom. II. P. IX. Obſ. 214. *de* BOEHMER nov. iur. controv. Tom. I. Obſ. 5. Struben rechtliche Bedenken 4. Theil Bed. 131. und 5. Th. Bed. 9. Böhmer auserleſene Rechtsfälle 2. Band. Decis. 100. Götz Beiträge zur populären Rechtsgelehrſamkeit 2. Band Nr. XI. S. 178. ff. Weber ſyſt. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 1. S. 232. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. Bd. §. 916. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. und *Io. Lud.* LANGGUTH Exercitat. ſuper uſu condictionis luſu perditi ex L. ult. Cod. de aleator. *Lipſ. 1762.*

76) Dies iſt z. B. in Sachſen der Fall, worüber HOMMEL in Rhapsod. quaeſtion. forens. Vol. III. Obſ. 476. weitere Nachrichten giebt. Man ſehe auch *de* BERGER Oec. iur. L. III. Tit. X. Th. 7. not. 4.

aufgehoben zu halten iſt, beurtheilt werden. Denn daraus, daß dieſelben nicht ausdrücklich verboten ſind, folgt nur ſoviel, daß diejenigen ſich nicht ſtraffällig machen, die ſie ſpielen. Keinesweges aber wird dadurch der durch die allgemeinen in Deutſchland geltenden Geſetze entkräfteten Verbindlichkeit der daraus herrührenden Forderungen eine geſetzliche Kraft beygelegt. Es findet daher, auch der nicht verbotenen Spiele halber, weder einige Verbindlichkeit, noch Klage Statt. In dem letztern Falle hingegen iſt entweder dieſen Geſetzen gemäß geſpielt worden, oder nicht. In jenem Falle, da nämlich nicht über die geſetzlich erlaubte Verluſt- und Gewinſtſumme geſpielt worden iſt, kann man das Gewonnene behalten, und das ſchuldig Gebliebene fordern [77]). Sind hingegen ſolche Geſetze überſchritten worden, ſo kann das über die geſetzliche Summe verſpielte Geld zurückgefordert, das ſchuldig gebliebene aber nicht eingeklagt werden [78]).

Fehlt es aber an dergleichen landesherrlichen Verordnungen, ſo müſſen uns die Römiſchen Spielgeſetze allerdings zur Richtſchnur dienen, 1) weil das Römiſche Recht bey uns in Deutſchland nach ſeinem ganzen Umfange angenommen, und noch jetzt überall geltende Norm iſt, inſofern es nicht überhaupt unſerer Verfaſſung widerſpricht, oder durch beſondere Landesverordnungen oder Gewohnheiheiten nicht aufgehoben worden iſt. Nun läßt ſich aber hier 2) keine dem Römiſchen Recht derogirende Gewohnheit er-

77) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 4. Götz in den angef. Beiträgen 2. Band Nr. XI. §. 8. S. 187. und Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts. 2. Band §. 211. S. 307.

78) *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 10. Th. 7. not. 7.

erweiſen. Man ſagt es zwar den alten Deutſchen nach, daß ſie große Liebhaber vom Spiel geweſen ſeyn ſollen [79]), und ihren Nachkommen ſcheint die Spielſucht faſt angeerbt zu ſeyn. Daher ſieht man, daß an Höfen und im Beyſein der Fürſten ſo ſtark geſpielt wird, wie in den Wohnungen der Privatperſonen. Gleichwohl darf der Richter das Spielen nicht nach dem Ton des gemeinen Lebens, ſondern nur nach den Geſetzen beurtheilen, deren Diener er iſt. Denn auch das Beyſpiel der Großen vermag nicht eine, durch allgemein angenommene Geſetze verbotene, und, in Anſehung der daher entſpringenden Verbindlichkeiten, ungültige Sache erlaubt oder gültig zu machen. Hierzu kommt, 3) daß die Gründe, worauf die Vorſchrift des Römiſchen Rechts beruhet, von der Schädlichkeit des Spielens hergenommen ſind, und daher auch noch jetzt fortdauern, weil wohl Niemand im Ernſt behaupten wird, daß die Spielſucht heutiges Tages weniger Unheil nach ſich ziehe, als zu den Zeiten des römiſchen Geſetzgebers. In Anſehung der Spielſchulden ſind zwar viel Rechtsgelehrten [80]) der Meinung, daß wegen derſelben alsdann eine Klage Statt finde, wenn 1) über die Bezahlung einer ſolchen ſonſt ungültigen Schuld in der Folge ein Vergleich eingegangen worden, oder 2) die Schuld durch ein neues Verſprechen, daß man ſie bezahlen wolle, beſtätiget worden iſt. Allein dieſe Meinung läßt ſich mit dem bekannten Satz nicht wohl vereinigen, daß keine wiederholte Zuſage oder Genehmigung Jemandem ein Recht

79) TACITUS de moribus Germanor. cap. 24.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. u. a. m.

Recht geben kann, auf die Erfüllung eines Geſchäfts zu dringen, welches gegen die Vorſchrift verbietender Geſetze eingegangen, und eben darum ganz ungültig iſt. Es iſt daher evident, daß in Anſehung verbotener Spielſchulden nicht nur das eigentliche Conſtitutum, ſondern auch jede freywillige Anerkennung ganz unverbindlich iſt, weil die Geſetze in ſolchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht abſprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenſchaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Geſetzen zuwider iſt[81]). Es gilt dies beſonders auch vom Transact. Ein Vergleich über eine Spielſchuld hat doch immer eine res illicita zum Gegenſtande. Wie kann alſo dadurch eine Verbindlichkeit als gültig anerkannt, und klagbar gemacht werden, welche die Geſetze dergeſtalt vernichten, daß ſie ſogar dem Schuldner erlauben, die ſchon geleiſtete Zahlung wieder zurückzufordern[82])? Aus eben dieſem Grunde kann daher auch ſo wenig die Stellung eines Bürgen, als die Gebung eines Unterpfandes, oder Ausſtellung eines Schuldſcheins oder Wechſelbriefs für eine ſolche Anerkennung gehalten werden, dadurch die Schuld gültig und klagbar werden könnte. Vielmehr können die für eine ſolche Schuld gegebenen Pfänder eben ſo gut, als diejenigen, zurückgefordert werden, die zur Bekräftigung einer weiblichen Bürgſchaft gegeben worden ſind[83]); und der Bürge kann ſich ſogut, wie der

81) S. Webers ſyſt. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 127. S. 561. f.

82) Es müßte denn etwa unter den Partheyen noch ungewiß geweſen ſeyn, ob das, worüber der Vergleich geſchloſſen worden, wirklich eine Spielſchuld war, oder nicht.

83) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

der Ausſteller des Schuldſcheins gegen den Mitſpieler, oder deſſen Erben, oder gegen jeden, an den er etwa den Schuldſchein abgetreten hätte, blos allein mit der Einrede: es iſt eine Spielſchuld, gegen die Bezahlung ſchützen[84]). Selbſt das an ſich nicht unerlaubte Billardſpiel macht nach Strubens[85]) gegründetem Urtheil keine Ausnahme.

Uebrigens iſt zwar an ſich außer Zweifel, daß, wenn auch Particulargeſetze gewiſſe Spiele erlauben, doch bey dem Spielvertrage immer die Bedingungen vorhanden ſeyn müſſen, wovon die Gültigkeit eines Vertrags überhaupt abhängt, z. B., daß kein Betrug dabey vorgegangen ſey, ferner daß der, welcher im Spiel verlohren, und bezahlt hat, über das Seinige zu diſponiren fähig ſey, u. ſ. w. Daß hingegen in Anſehung des Pflichttheils und der gerichtlichen Inſinuation, wenn das im Spiel Verlohrne die Summe von 500 Ducaten überſteigt, eben das Statt habe, was von Schenkungen gilt, iſt unerweißlich. Denn daß der Spielvertrag vielmehr ein oneroſes Geſchäft, als eine Schenkung ſey, iſt bereits oben bemerkt worden.

§. 760.

84) Wird freylich aus einem ſolchen Schuldſchein executiviſch geklagt, und die Einrede, daß die Schuld Spielgeld ſey, kann nicht ſofort bewieſen werden; ſo muß zwar der Ausſteller vor der Hand bezahlen. Er kann aber nachher noch allemal im ordentlichen Prozeß die bezahlte Summe wieder zurückfordern, wenn er nur jetzt beweiſen kann, daß es wirklich Spielgeld ſey. Götz in den angef. Beyträgen 2. Bd. S. 194. Not. *. und *Chriſt. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iuris camb. V. Sect. V. de cambio ſuper pecunia luſu deperdita dato. pag. 171.

85) Rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 131. und Band V. Bedenk. 9.

## §. 760.

### Grundſätze des römiſchen Rechts über die Wetten.

Mit den Glücksſpielen haben zwar die Wetten viel Aehnlichkeit, doch ſind ſie in ihren rechtlichen Folgen von jenen ganz verſchieden, und in dem römiſchen Rechte mehr, als dieſe, begünſtiget[86]). Wette, *Sponſio*, iſt ein Vertrag, wodurch zwey Perſonen, bey Gelegenheit einer unter ihnen ſtreitigen Behauptung, mit einander einig werden, daß demjenigen ein gewiſſer Gewinn zu Theil werden ſolle, deſſen Behauptung über die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz einer Thatſache ſich beſtätigen würde. Eine ſolche Wette kann entweder als ein bloßer Vertrag, oder als ein ungenannter Contract eingegangen werden. Erſteres geſchieht, wenn einer dem andern verſpricht, daß er ihm auf den Fall, da ſeine Behauptung in der Folge für falſch befunden werden würde, etwas beſtimmtes leiſten wolle. Letzteres hingegen iſt der Fall, wenn ein Theil dem andern etwas Gewiſſes mit der Bedingung giebt, daß dieſer es behalten ſolle, wenn er den Sieg über jenen davon tragen würde; in dem entgegengeſetzten Falle aber das Empfangene

86) *Iac. Frid.* LUDOVICI Diſſ. de natura et interpretatione ſponſionum. *Halae 1704.* *Tob. Iac.* REINHARTH Diſſ. de ſponſionibus. *Erfordiae 1734.* *Sam. Frid.* WILLENBERG D. de Sponſionibus, in Deſſelben Disceptat. iuris Nr. 42. *Io. Petr.* BUCHER Proluſ. de ſponſionibus. *Steinfurti 1769.* Hymmens Beiträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 70. ff. und Lud. Fried. Grieſingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band Tit. 24. S. 1067. ff. enthalten gründliche Erörterungen dieſer Rechtslehre.

gene mit noch einmal ſoviel erſetzen ſolle. In dem letztern Falle ſteht dem Gewinner die *actio praeſcriptis verbis* [87]), in dem erſtern aber die *actio ex ſtipulatu*, wenn der Vertrag durch eine Stipulation geſchloſſen worden, wie bey den Römern der gewöhnliche Fall war [88]), oder, ohne Stipulation, wie nach heutigen Rechten, die *condictio ex moribus* zu [89]). Eine Wette iſt demnach ein gültiger und klagbarer Vertrag. Mehrere Rechtsgelehrten [90]) wollen zwar behaupten, daß die Wetten nach dem Römiſchen Rechte eben ſo, wie die Spiele zu beurtheilen, und daher nur in den Fällen für erlaubt zu halten wären, wo nach dem Römiſchen Recht die Spiele erlaubt ſind. Allein die Unrichtigkeit dieſer Behauptung iſt ſchon längſt von andern [91]) hin-

87) *L. 17. §. fin. D. de praeſcript. verbis.*

88) *L. 108. L. 129. D. de Verbor. obligat. L. 37. D. de reb. credit. §. 6. I. de verb. obligat.*

89) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. III. Th. 6. Not. 3. in fin. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15.

90) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XXIII. §. 18. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 21. und *Ge. Guil. de* REIBNITZ Diſſ. de ſponſionibus iure naturali et civili illicitis. *Vitemb. 1717.*

91) Man ſehe LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. I. REINHARTH cit. Diſſ. §. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 2. Band Med. 71. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 2. S. 233. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2073. ſqq. u. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 917. Man vergleiche auch *Car. Otto* RECHENBERG Progr. de erroribus ICtorum in ſponſionum doctrina. *Lipſiae 1738.*

hinlänglich dargethan worden. Die *L. 3. D. de aleator.* wo Marcian ſagt:

In quibus rebus ex Lege Titia et Publicia et Cornelia etiam ſponſionem facere licet. Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet;

redet offenbar nur von Wetten über Spiele, wie aus der vorhergehenden *L. 2. D. eodem* noch deutlicher zu erſehen iſt, und beweißt nur ſoviel, daß, wenn man über Spiele wettet, das Spiel erlaubt ſeyn müſſe, wenn die Wette gültig ſeyn ſoll. Daß außer dieſem Fall, da über ein verbotenes Spiel gewettet wird, die Wette für erlaubt und gültig zu halten ſey, mithin auch daraus geklagt werden könne, lehren nicht nur die oben bereits angeführten Geſetze des Römiſchen Rechts[92]) ganz deutlich, ſondern es beweißt dieſes auch der Gerichtsgebrauch[93]). Dies muß denn auch noch jetzt zur Norm dienen, ſoweit nicht durch beſondere Geſetze ein anderes verordnet iſt[94]).

## §. 761.

### Erforderniſſe gültiger Wetten.

Sollen jedoch Wetten als verbindliche und klagbare Verträge gelten, ſo müſſen ſie

1) die

92) S. Not. 87. und 88.

93) S. *Io. a* SANDE Deciſion. Lib. III. Tit. 9. Def. 1. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Conſt. 19. Def. 18. und Hymmen in den angef. Beyträgen 2. Band S. 70. ff.

94) Z. B. nach dem *Code Napoleon* Art. 1965. entſteht aus einer Wette kein Klagrecht. Das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 579. läßt hingegen wegen der Wetten eine gerichtliche Klage nur alsdann zu, wenn die Wette ſogleich baar geſetzt, und entweder gerichtlich, oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden.

1) die zu einem gültigen Vertrage an ſich erforderlichen Eigenſchaften haben. Sie müſſen alſo von Perſonen, die ſich verbindlich machen können, ohne Betrug eingegangen werden. Wetten, die durch Betrug veranlaßt wurden, ſind ſo ungültig, wie andere Verträge. Dahin gehört, wenn der Eine von der Gewißheit des Gegenſtandes der Wette unterrichtet war, und dieſes dem Andern nicht angezeigt, ſondern vielmehr durch argliſtige Verſtellung denſelben veranlaßt hat, daß er mit ihm über dieſen Umſtand eine Wette eingieng. Eine ſolche betrügliche Wette iſt ungültig, und kann keine Klage wirken. Es iſt jedoch deswegen nicht ſchlechterdings nothwendig, daß der Gegenſtand der Wette für beyde Theile immer gleich ungewiß ſeyn müſſe[95]). Ich kann auch über einen Umſtand, den ich apodictiſch gewiß weiß, mit einem Andern eine Wette eingehen, der ihn mir bezweifeln will, und die Wette iſt vollkommen gültig, nämlich, wenn ſich der andere an meine Verſicherung, daß ich von meiner Behaup-



95) Runde in den Grundſätzen des allgem. deutſchen Privatrechts §. 211. und Danz im Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts 2. Band §. 211. S. 309. Nr. 2. behaupten zwar, bey Wetten komme es vorzüglich darauf an, ob der Gegenſtand der Wette für beyde Theile gleich ungewiß oder gleich wahrſcheinlich ſey. Auch in Hofackers Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. heißt es: *Sponſio interponatur de eventu cuivis ſpondentium plane ignoto et incerto.* Allein daß dieſes nicht ſchlechterdings erforderlich ſey, haben Dabelow im Handbuch des heutigen gemeinen Römiſch-Deutſchen Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band §. 259. S. 1068. und Tittmann im Handbuche des gemeinen deutſchen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. Not. i. S. 555. richtiger bemerkt.

tung zuverläſſige Gewißheit habe, nicht kehrte, ſondern auf der Wette beſtand. Denn unter dieſen Umſtänden läßt ſich wohl mit Grund nicht behaupten, daß ich den Andern betrüglicher Weiſe zur Wette verleitet habe. Mit Recht ſagt daher **Berger**[96]): Quodſi tamen unus ſcientiam rei habeat, eamque profeſſus ſit, alter autem nihilo ſecius ſpondendo ſe obſtrinxerit, ſponſio valet. Hiermit ſtimmt auch **Titius**[97]) überein, wenn er ſagt: Recte ſponſio etiam initur de re, alteri certo cognita, modo dolus abſit. Noch ausführlicher erklärt ſich hierüber **Ludovici**[98]), deſſen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen. Dolus, ſagt er, in ſponſionibus tunc committitur, ſi unus certitudinem rei, de qua ipſi iam conſtabat, diſſimulat eo animo, ut alterum nihilo ſecius ad ſpondendum et per conſequens ad certum damnum adliciat. Natura enim ſponſionis eſt, ut uterque ſit dubius, et rem periculo exponat. Dico, ſi unus certitudinem *diſſimulat*. Ergo, ſi profitetur, ſibi de eventu rei iam conſtare, de qua rumor incertus circumfertur, alter vero nihilominus ſponſionem offert, quod haud raro fieri ſolet ab iis, qui nihil credunt, ſed de omnibus dubitant, tunc hic ſibi imputare debet, quod volens ſibi damnum accerſerit, et quoniam volenti non fit iniuria, hinc ſine dubio ſponſio valida erit Auch zweydeutige und verfängliche Wetten, wobey der eine Theil die Worte in einer uneigentlichen, vom gemeinen Sprachgebrauche abweichenden Be-



96) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3.

97) Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 14.

98) Diſſ. de natura et interpretat. ſponſionum §. VII.

deutung genommen hat, ſind den betrüglichen gleich zu achten, und bewirken keine Verbindlichkeit[99]).

2) Der Gegenſtand der Wette muß nichts Unerlaubtes oder Schändliches enthalten[100]). Daher iſt das ſogenannte Pariren über den Ausgang eines Glücksſpiels[1]); das Wetten über das Uebertreffen im Saufen[2]), das Wetten über die Erhaltung eines öffentlichen Amtes[3]); u. d.



99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. §. 6. Not. 3. LUDOVICI Diſſ. de natura et interpretat. ſponſionum §. 20. ſqq. Anderer Meinung iſt zwar TITIUS in Obſervation. in Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obſ. 295. welcher glaubt, die Wette ſey gegen den zu erklären, welcher ſich der zweydeutigen und verfänglichen Worte bedient hat, und alſo in der Bedeutung des gemeinen Sprachgebrauchs zu nehmen, und für gültig zu halten. Allein in den Geſetzen iſt dieſe Meinung nicht gegründet. Sollte der Wettende auf eine ſolche Art für ſeinen Scherz büßen, ſo wäre dies eine Strafe, welche ſich ohne ein Geſetz nicht annehmen läßt. S. Grieſingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. B. S. 1072.

100) *L. 17. §. 5. D. de praeſcript. verb.* LUDOVICI Diſſ. cit. §. 9. — §. 15.

1) *L. 3. D. de aleator.* Das Pariren iſt als Theilnahme an dem verbotenen Spiele ſelbſt zu betrachten, und artet daher in ein policeywidriges Vergehen aus. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. Das Preuß. Geſetzbuch Th. 2. Tit. 20. §. 1302. verbietet auch die Wetten bey erlaubten Spielen.

2) S. LAUTERBACH c. l. BERGER c. l. Auch wegen einer ſolchen Wette findet eine Policeyſtrafe Statt. S. Eiſenharts Rechtshändel Th. 6. Nr. 14.

3) *Nov. 8.* S. TITIUS Iure priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15. LEYSER Specim. CXXVII. Medit. 8. Cor. 1.

nicht nur unerlaubt und ungültig, ſondern es kann auch in ſolchen Fällen ſogar eine Strafe eintreten. Leyſer[4]) giebt die Regel, daß man, um zu beurtheilen, ob eine Wette für eine ſponſio honeſta zu halten ſey, oder nicht, darauf ſehen müſſe, ob die Bedingung derſelben eine ſolche ſey, welche Verträgen und letzten Willensverordnungen gültig beygefügt werden kann, oder nicht. Hieraus laſſe ſich auch die Frage entſcheiden, ob die Wette, daß der eine von beyden Wettenden nicht heurathen werde, für gültig oder ungültig zu halten ſey. Iſt derjenige, welcher wettet, er werde nicht heurathen, noch nie verheurathet geweſen, ſo ſey die Wette ungültig. Wettet hingegen eine verwittwete Perſon, ſie werde ſich nicht wieder verheurathen, ſo ſey das Geſchäft für gültig zu halten[5]).

3) Die Summe muß nicht unmäßig ſeyn. In dem römiſchen Rechte ſind zwar die Wetten auf keine gewiſſe Summe eingeſchränkt[6]). Der Richter hat ſich daher nicht darum zu bekümmern, wenn auch die Wette den größten Theil des Vermögens, oder gar das ganze Vermögen des Wettenden betreffen ſollte. Man kann auch dem Wettenden die Rechtswohlthat der Competenz, die ſonſt dem Schenker zuſteht[7]), eigentlich nicht einräumen, da

4) Specim. CXXVII. medit. 3.

5) S. *Nov. XXII. cap. 43. et 44.* und Danz Handbuch des heutigen deutſchen Privatrechts. 2. B. §. 211. Nr. 2. S. 309.

6) *Thom.* HERBAIUS libr. ſing. rerum quotidian. Cap. 2. *Io. a* SANDE Deciſion. aurear. Lib. III. Tit. 9. Definit. 1. und CARPZOV P. II. Conſtit. XIX. Def. 18. nr. 15. haben dies ausführlicher gezeigt.

7) *L. 12. D. de donat. L. 19. §. 1. D. de re iudicata.*

da bey einer Wette die Abſicht, ſeinem Paciſcenten ein Geſchenk zu machen, nicht füglich angenommen werden kann, noch weniger aber hier eine ſolche Zuneigung der Paciſcenten gegen einander, wie bey Schenkungen, Statt findet, indem vielmehr jeder die Wette in der Hoffnung eingeht, dieſelbe zu gewinnen 8). Weil indeſſen unmäßige Wetten eben ſo verderblich und nachtheilig ſind, als die Glücksſpiele, ſo nimmt die Praxis den Grundſatz an, daß der Richter die Summe zu moderiren befugt, ja verpflichtet ſey, wenn ſie für den verlierenden Theil zu groß und beträchtlich iſt 9). Soviel iſt jedoch gewiß, daß keine Gleichheit der gegenſeitigen Leiſtungen erfordert werde, ſondern der eine Wettende ungleich mehr als der andere ſetzen könne 10).

## §. 762.

**Lotterien**, und die bey denſelben vorkommenden verſchiedenen Rechtsverhältniſſe.

Bloße Glücksſpiele ſind ihrer Natur nach die **Lotterien** und **Lottos**. Nach gemeinen Rechten gehören ſie



8) Man ſehe **Grieſingers** Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. B. S. 1072. u. folg.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. 7. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3. nr. 3. FINKELTHAUS Obſervat. XXXIII. nr. 34. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. nr. 3. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 5. MEVIUS Comment. ad ius Lubec. Lib. III. Tit. 9. Art. 3. nr. 41. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 58. not. ε. **Orth** Anmerkungen über die Frankfurter Reformat. 2. B. S. 603. u. 604. **Tittmann** Handbuch des gem. deutſchen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. THIBAUT Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 917. a. E.

10) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. lit. D.

daher unter die verbotenen Spiele, und können anders nicht, als mit ausdrücklicher Erlaubniß des Landesherrn, errichtet werden [11]). Solche privilegirte Lotterien ſind dann als völlig erlaubte Hazardſpiele zu betrachten, und das Geſchäft, welches zwiſchen demjenigen, der in die Lotterie ſetzt, und der Lotteriedirection, oder dem Collecteur vorgeht, iſt nichts anders als ein Hoffnungs- oder Glücks-kauf — *emtio ſpei ſimplicis*, und nach den Grundſätzen deſſelben im Allgemeinen zu beurtheilen [12]). Der beſtätigte Lotterieplan enthält die Kaufbedingungen, und zugleich die legale Norm, nach welcher die Rechte und Pflichten der Direction ſowohl, als andere Streitigkeiten über das Lotterieweſen, zwiſchen den Einſetzern, Gewinnern, den Directoren und Collecteurs, bey dem Mangel ſpecieller Verabredungen, beurtheilt werden müſſen [13]). Das Loos, oder Lotteriebillet vertritt zwiſchen der Di-

11) S. Moſer von der Landeshoheit in Policeyſachen. S. 485. und Günth. Heinr. von Berg Handbuch des teutſchen Policeyrechts. 2. Th. S. 258. der zweiten Auflage.

12) *Chriſt.* WILDVOGEL Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa Lottarias. *Ienae. 1718.* Th. 26. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 160. a. S. 409. Joh. Lud. Eckard Lottorecht. Coburg 1771. 8. Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 2. B. §. 212. S. 313. *Io. Gotthelf* BESCHORNER Diſſ. Quaeſtiones nonnullas ad ius Lottariarum pertinentes ſiſtens, praeſ. *Chriſt. Gottl.* HAUBOLDO. *Dresdae 1806.* 4. und beſonders Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 5. Band. (Hannover 1809. 4.) Erört. 28. S. 129. ff.

13) S. das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten. 1. Th. Tit. 11. §. 548. BESCHORNER Diſſertat. cit. Cap. I. §. 2. und Hagemann a. a. O. §. 1. S. 130.

Direction und den Einſetzern die Stelle eines ſchriftlichen Vertrags[14]), woraus der Gewinner im Falle des ihm verweigerten Gewinſtes auch executiviſch klagen kann[15]). Das Recht zur Beziehung des Gewinns ſteht zwar Niemanden, als dem Eigenthümer des Looſes zu[16]), jedoch begründet auch hier der Beſitz die Vermuthung für den Inhaber, daß er zur Einziehung des Gewinns berechtiget ſey; ſo lange kein Dritter denſelben als einen unredlichen Beſitzer darzuſtellen vermocht, oder ein beſſeres Recht erwieſen hat[17]). Ich halte es daher nicht für nöthig, daß der Vorzeiger des gewinnenden Looſes den Titel und Grund ſeines Beſitzes angebe, wie **Wildvogel**[18]) behaupten will[19]).

Um nun die Rechtsverhältniſſe näher zu beſtimmen, welche zwiſchen den Directoren der Lotterie und deren Collecteurs

14) Allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 554. u. Hagemann a. a. O. §. 2.

15) S. Joh. Ludw. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 1. Band. Nr. 67. §. 3. BESCHORNER cit. Diſſ. Cap. V. §. 2. und Hagemann a. a. O. §. 2. Not.* S. 131.

16) BESCHORNER cit. Diſſ. Cap. III. §. 3.

17) BESCHORNER Diſſ. cit. Cap. III. §. 2. ſq. Hagemann a. a. O. §. 2. S. 131.

18) Diſſ. cit. Th. 33. in fin. pag. 34.

19) Das allgemeine Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. 6. Abſchn. §. 555. verordnet: „der bloße Beſitz eines ſolchen Looſes berechtiget den Inhaber zur Einziehung des darauf gefallenen Gewinns.“ Hiermit ſtimmen auch andere Lotteriegeſetze, z. E. die Dresdner, Weimarſchen, Gothaiſchen und Hannöverſchen überein, welche BESCHORNER cit. Diſſ. Cap. III. §. 1. angeführt hat.

lecteurs Statt finden, iſt folgender Unterſchied zu machen. Sie haben ihre Beziehung entweder auf die Rechte und Verbindlichkeiten derſelben unter einander, oder in Hinſicht auf die Einſetzer, Spieler und Gewinner. In Rückſicht jener iſt darauf zu ſehen, ob die Collecteurs blos zur Unterbringung der Looſe, und zur Beſorgung der übrigen zum Lotterieweſen gehörigen Geſchäfte von der Lotteriedirection angeſtellt ſind; und dann ſind die Collecteurs als Bevollmächtigte oder Geſchäftsträger der letztern anzuſehen, aus deren Handlungen die Lotteriedirection erwirbt und verpflichtet wird. Hier gelten alſo unter ihnen die Grundſätze vom Mandatcontract[20]). Oder die Lotteriedirection hat den Collecteurs eine gewiſſe Anzahl Looſe zum Verhandeln unter der Bedingung gegeben, deren Werth einzuliefern, oder die Looſe ſelbſt wieder zurückzugeben. In dieſem Falle treten die Grundſätze vom Trödelcontract ein[21]). Der Unterſchied zwiſchen beyden Fällen beſteht darin, daß der Collecteur in dem letztern Falle die Gefahr trägt, wenn er entweder um die Ertheilung des Collecturgeſchäfts baat, oder beſtimmt verſprochen hat, den Werth der Looſe einzuliefern[22]). Hat der Collecteur eigenmächtig zur Debitirung

20) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 38. Schmidts hinterlaſſene Abhandlungen verſchiedener pract. Rechtsmaterien 1. Th. Nr. 67. §. 1. Runde Grundſ. des gemeinen teutſchen Privatrechts §. 212. Danz Handbuch des teutſchen Privatrechts. 2. B. S. 314.

21) Hagemann a. a. O. §. 3. BESCHORNER cit. Diſſ. Cap. II. §. 3.

22) Arg. *L. 1. §. 1. D. de aeſtimatoria. L. 5. §. 3. D. Commodati. L. 17. §. 1. D. de praeſcr. verbis.* S. THIBAUT Syſt. des P. R. Th. 2. §. 896.

tirung der Looſe einen Untercollecteur ſubſtituirt, ſo muß zwar erſter die Handlungen des letztern ſowohl bey der Direction, als bey den Einſetzern vertreten [23]); die Direction aber haftet für die Handlungen ſolcher Untercollecteurs anders nicht, als inſofern dieſelbe durch die Annahme des von ihnen geſammelten Einſatzes, oder ſonſt die Handlungen derſelben genehmiget hat [24]). Soviel hingegen die rechtlichen Verhältniſſe anbetrifft, worin die Einſetzer gegen den Collecteur und die Direction, und umgekehrt ſtehen, ſo kommt es darauf an, ob die Bedingungen, unter welchen der Collecteur von dem Unternehmer der Lotterie als Geſchäftsträger angeſtellt iſt, in dem Plane, oder durch andere Avertiſſements öffentlich bekannt gemacht worden ſind, oder nicht. Im erſten Falle ſind dieſe Vorſchriften, als Conventionalgeſetze, zu befolgen, und die Direction wird nur inſofern durch die Handlungen des von ihr angeſtellten Collecteurs verpflichtet, als er die Gränzen der ihm ertheilten Vollmacht nicht überſchritten hat [25]). Die Unwiſſenheit kann hier Niemandem zur Entſchuldigung gereichen, der mit dem Collecteur nicht vorſchriftmäßig contrahirt hat [26]). In dem letztern Falle hingegen, da die Vollmacht nicht öffentlich bekannt gemacht wor-

23) Hagemann a. a. O. §. 3. S. 132.

24) Allgem. Preuß. Landrecht. 1. Th. Tit. 11. §. 563. und §. 564. Daß auſſerdem kein Grund der Verbindlichkeit von Seiten der Direction vorhanden ſey, für einen ſolchen Untercollecteur zu haften, erhellet ſchon daraus, weil zwiſchen ihm und der Lotteriedirection gar kein Contractverhältniß exiſtirt.

25) *L. 11. §. 5. D. de inſtitor. act.* Allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 559. und 560. Hagemann a. a. O. §. 4.

26) *L. 11. §. 3. D. eodem.*

worden iſt, wird die Lotteriedirection durch den von ihr angeſtellten Collecteur unbedingt verpflichtet [27]). Auf jeden Fall haftet ſie jedoch für die unerlaubten Handlungen, welche der Collecteur bey Ausübung des ihm aufgetragenen Geſchäfts begieng; ſie bleibt daher auch dann den Einſetzern vollkommen verpflichtet, wenn ihr Geſchäftsträger die empfangenen Einſätze, oder die gehobenen Gewinne verſchleudert, und nicht abgeliefert, mithin unredlich und treulos wider die Einſetzer gehandelt haben ſollte [28]). Die Direction kann aus ſolchen doloſen oder culpoſen Handlungen ihres Mandatars unmittelbar belangt werden, und ſie hat ſodann ihren Regreß gegen den treulos handelnden Geſchäftsträger mit der actio mandati contraria zu nehmen [29]). An dieſen hält ſich auch die Direction, wenn er den Spielern die Looſe auf Credit hat verabfolgen laſſen [30]). Jedoch iſt auch gegen die Empfänger ſelbſt auf die Bezahlung der Einſätze, ſowohl die Direction, als der Collecteur zu klagen befugt, weil die Einſammlung der Einſätze gewöhnlich den Collecteurs mit übertragen wird [31]). Auf kei-

27) Preuß. Landrecht a. a. O. §. 561. THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 877. Hagemann a. a. O. S. 133.

28) *L. 11. §. 4. D. de inſt. act.* Strubens rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 160. S. 409. und 5. Th. Bed. 38. HOMMEL Rhapſod. quaeſtion. for. Vol. II. Obſ. 421. nr. 4. pag. 362.

29) S. Schmidts Abhandl. verſch. pract. Rechtsmaterien 1. Bd. Nr. 67. §. 6.

30) HOMMEL Rhapſod. quaeſt. for. Vol. II. Obſ. 421. nr. 5. in fin.

31) Es treten hier die Grundſätze von den Rechten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Anſehung des Dritten ein. S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 932.

keinen Fall kann jedoch derjenige Gewinn, den die Collecteurs bey Gelegenheit ihres Geſchäfts zufälligerweiſe machen, von der Direction in Anſpruch genommen werden [32]). Daher gehören z. B. die ſogenannten Douceurgelder, d. h. diejenigen Geſchenke, welche die Gewinner den Collecteurs, wenn der Gewinn beträchtlich iſt, gewöhnlich machen, nicht der Direction, ſondern den Collecteurs, die ſolche empfangen [33]).

Zwiſchen den Directoren, oder deren Geſchäftsträgern und den Theilnehmern an der Lotterie kommen die Grundſätze vom Kaufcontracte zur Anwendung. Denn jene ſind die Verkäufer, dieſe die Käufer, und die Looſe, welche ein für allemal, ohne weitere Verabredung, ihren beſtimmten Preis haben, enthalten die Urkunde, wodurch der Spieler die Hoffnung erkauft, zu der Glückswaare zu gelangen, welche ſich in den Händen der Lotteriedirection und Caſſe befindet. Ein ſolcher Kauf wird auch ſtillſchweigend bey demjenigen angenommen, welcher Lotterieloose annimmt, und bey ſich behält, die ihm, wenn gleich ohne ſein Verlangen, von einem Collecteur zugeſendet worden ſind.

§. 932. Nach dem Preuß. Landrecht 1. Th. Tit. 11. §. 558. findet jedoch keine Klage, ſondern nur eine Compenſation auf den gefallenen Gewinn Statt, wenn die Einſatzgelder creditirt ſind.

32) S. Danz Handbuch des heutigen teutſchen Privatrechts 2. Bed. §. 212. S. 314.

33) Strubens rechtl. Bedenken. 4. Band. Bed. 173. und Hagemanns pract. Erörterungen 5. B. Nr. 28. §. 4. S. 133. f.

ſind [34]). Zwar iſt der Lotteriecontract ein freywilliger Contract, und Niemand, er ſey ein Fremder, oder auch ein Unterthan desjenigen Landesherrn, welcher die Lotterie verwilliget hat, kann zur Einlage gezwungen werden [35]). Allein da nach allen Lotterie-Planen die nicht verkauften, oder nicht renovirten Looſe vor der Ziehung jeder Claſſe von den Collecteurs an die Direction zurückgeſendet werden müſſen, wenn ſie nicht dafür verantwortlich ſeyn ſollen, ſo war der Empfänger der Looſe allerdings verbunden, ſich entweder ausdrücklich, oder auch nur durch die bloße Zurückſendung derſelben darüber zu erklären, daß er nicht Willens ſey, das ihm angetragene Geſchäft einzugehen. Unterläßt er dieſes, ſo iſt ſein Stillſchweigen hier, wo er ſich zu erklären verbunden war, und noch vielmehr die poſitive Handlung der Zurückbehaltung der Billets für eine Einwilligung in den ihm von dem Collecteur angetragenen Kaufcontract anzuſehen [36]). Der Empfänger des Looſes tritt alſo durch die Zurückbehaltung deſſelben in alle Rechte und

34) S. von Bülow's und Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 2. Bd. Erört. 46.

35) Aus dieſem Grunde, und weil überdem in ſolchen Fällen, wo es auf Verpflichtung eines Andern ankommt, das bloße Stillſchweigen für eine Einwilligung nicht ausgelegt werden kann, hat die Erfurtiſche Juriſten-Facultät in Schorchs neuer Sammlung auserleſener Gutachten und Urtheilsſprüche. Erfurt 1798. 4. Nr. XXI. Qu. 4. nr. 27. ff. den Empfänger von der Verbindlichkeit den Preis des Einſatzes für die nicht zurückgeſendeten Billets zu bezahlen, freygeſprochen.

36) Daß auch ein Kaufcontract mit ſtillſchweigender Einwilligung geſchloſſen werden kann, hat keinen Zweifel. S. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 1. Not. 3.

und Verbindlichkeiten eines Käufers, und muß folglich auch den Einſatz, als den ein für allemal beſtimmten Kaufpreis, bezahlen.

Jeder Spieler kauft indeſſen nur das Loos, oder vielmehr die Nummer, welche er in jeder Claſſe bezahlt, oder wofür er die Einlage gemacht hat. Zur Renovation deſſelben kann er nicht gezwungen werden, und es ſteht ihm völlig frey, nicht mehr mitzuſpielen, wenn er keine Luſt hat, ſein Glück weiter zu verſuchen[37]. Alsdann macht ſich aber auch der Spieler ſeines fernern Antheils an der Lotterie verluſtig, weil nur durch den Kauf der Nummer in jeder Claſſe eine Verbindlichkeit für die Lotterie erwächſt, den darauf gefallenen Gewinn zu zahlen. Bey jeder einzelnen Claſſe der Lotterie iſt daher ein beſonderer Kaufcontract erforderlich, der geſchloſſene endiget ſich mit der Ziehung einer jeden Claſſe, und wenn er für die folgende verbindlich fortdauern ſoll, ſo muß dafür eine neue Einlage gemacht, oder das Loos zur planmäßig beſtimmten Zeit renovirt werden[38]. Es ergiebt ſich hieraus, daß jeder Spieler ſich zur Renovation ſelbſt erbieten müſſe, und von dem Collecteur keinesweges verlangen könne, daß er ihm die Looſe zu jeder neuen Claſſe zuſende[39]. Dies iſt auch der Natur des Kaufcontracts, der beym Lotteriegeſchäft zum Grunde liegt, vollkommen gemäß, weil jeder Käufer ſich zu der Waare ſelbſt melden muß, und es lediglich

37) S. Schorchs neue Sammlung auserleſener Gutachten und Urthelsſprüche der Erfurtiſchen Juriſten-Facultät. Nr. XXI. Qu. 1. nr. 6. ff. S. 133. ff.

38) Hagemann a. a. O. §. 6. S. 135.

39) Hagemann a. a. O. §. 8.

lich in dem Belieben des Verkäufers ſteht, ob er ſeine Waare anbieten will, oder nicht.

Nach den Grundſätzen des Kaufcontracts wird ferner der Spieler nicht eher Eigenthümer des gekauften Looſes, als bis er den Einſatz dafür baar erlegt, oder von der Direction, oder dem Collecteur deshalb Credit erhalten hat, wenn ihm gleich das Loos ſchon übergeben iſt[40]. Letzteres wird jedoch im Zweifel nicht vermuthet[41]), es iſt daher im vorkommenden Falle der Spieler verpflichtet, den factiſchen Umſtand zu erweiſen, daß ihm entweder ausdrücklich, durch Vertrag und Verabredung, oder ſtillſchweigend, durch concludente Handlungen, Credit gegeben worden ſey[42]).

An wen ſich der Gewinner ſeiner Bezahlung wegen zunächſt zu halten habe, beſtimmt gewöhnlich das Lotteriegeſetz. Giebt dies keine Entſcheidungsnorm an die Hand, ſo lehrt es ſchon die Natur der Sache, daß dem Gewinner die Wahl freyſtehe, und derſelbe, auch mit Uebergehung des Collecteurs, ſogleich die Direction ſelbſt zu belangen be-

40) *§. 41. I. de rerum diviſ.*

41) S. WALCHII Introduct. in controv. iuris civ. pag. 599. §. 10.

42) Dahin würde z. B. zu rechnen ſeyn, wenn der Directeur oder Collecteur dem Spieler die Einſätze der frühern Claſſen ausdrücklich creditirt, und die Looſe der folgenden Claſſen, ohne den Einſatz zu fordern, fernerhin zugeſtellt; oder wenn er dem Spieler die Looſe der erſten Claſſen, ohne Zahlung des Einſatzes, zugeſchickt, oder zugeſtellt, und ſich nachher, wegen des in denſelben gefallnen Gewinns, mit ihm berechnet, und dann Looſe zu den folgenden Claſſen, ohne baare Zahlung des Einſatzes, überlaſſen hat. S. Hagemann a. a. O. §. 7. S. 136.

fugt ſey[43]). Denn man muß hier von dem Grundſatz ausgehen, daß der Käufer des Looſes eigentlich nicht mit dem Collecteur, der nur als Mandatar zu betrachten iſt, ſondern mit dem Unternehmer oder dem Directeur der Lotterie den Kaufcontract geſchloſſen hat[44]). Es iſt dies um ſo mehr Rechtens, weil, wenn die Lotterie ihren Credit nicht verlieren ſoll, ſchlechterdings nöthig iſt, daß eine promte Zahlung erfolgen, und der Intereſſent ſicher geſtellt ſeyn muß, daß ihm der Gewinn ohnfehlbar zu Theil werde. Die Klage gegen die Lotteriedirection iſt die *actio quaſi inſtitoria*, wenn der Kläger das Loos von dem Collecteur erhielt, ſonſt aber die *actio emti*, wenn er mit der Direction unmittelbar contrahirte[45]).

Endlich iſt noch einer ſehr gewöhnlichen Art des Spiels zu gedenken, welches man das Ausſpielen[46]) nennt. Man verſteht darunter das Spielen mehrerer um eine und dieſelbe individuelle Sache, woran jeder Spieler Anſpruch hat, und jeder ſeinen Rechten zum Vortheil der übrigen entſagen zu wollen verſpricht, ſobald die Bedingung des Spiels gegen ihn verneinend ausfallen würde, ohne daß eine ähnliche Sache oder Quantität dagegen

43) Beschorner Diſſ. cit. de iure lottariar. Cap. IV. §. 2.

44) Strubens rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 160. a. S. 409. und Danz Handbuch des deutſchen Privatrechts 2. Bd. §. 212. S. 314.

45) Wildvogel Diſſ. cit. Th. 37. nennt ſie unrichtig *condictio ex moribus s. conſuetudine*.

46) Eine vortrefliche Abhandlung über dieſen Gegenſtand iſt Karl Grolman's Verſuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausſpiel-Geſchäftes. Gieſſen 1797. 8.

gegen verſprochen wird. Man kann ſich ein ſolches Geſchäft nicht füglich gedenken, ohne zugleich damit den Gedanken an eine Uebereinkunft der Geſchäftsmitglieder, an einen Spielvertrag, zu verbinden, und dieſer Vertrag muß zwey Dinge beſtimmen;

1) die Bedingung, auf welcher der Sieg beruhen ſoll. Was für eine Art von Spiel hierzu gewählt wird, iſt gleichgültig. Es können Würfel oder Karten entſcheiden. Es kann aber auch ein Kunſtſpiel z. E. Kegelſpiel, Billardſpiel, oder das Schießen nach der Scheibe gewählt werden. Zuweilen kann auch derſelbe Augenblick das Schickſal aller Mitſpieler entſcheiden, und daſſelbe Ereigniß, welches einen zum Sieger über einen macht, kann denſelben auch zum Sieger über alle machen. Es iſt z. B. zur Bedingung gemacht worden, daß der die Sache bekommen ſoll, deſſen Nummer auf den erſten Auszug der Lotterie herauskommen würde.

2) Die Sache, deren Erwerbung für den Sieger von dem Ablauf der beſtimmten Bedingung abhängig gemacht wird. Dieſe iſt bey dem Ausſpielen eine und dieſelbe individuelle Sache. Auf dieſe beziehen ſich alſo ſowohl die bedingt gegebenen Rechte aller Spieler, als die bedingt übernommenen Verbindlichkeiten derſelben. Jeder muß alſo dieſelbe Sache, wenn die Bedingung günſtig für ihn ausfällt, gewinnen, jeder muß aber auch dieſelbe Sache, wenn die Bedingung gegen ihn abläuft, verlieren können. Es folgt hieraus, daß der Gegenſtand, um welchen geſpielt wird, eine Sache ſeyn müſſe, woran zwar jeder der Intereſſenten Rechte, aber doch keiner ein ausſchließendes Recht hat. Betrach-

tet man dieſen Gegenſtand genauer, ſo laſſen ſich beſonders zwey Verhältniſſe deſſelben zu den Spielern gedenken, nämlich es beſaßen entweder

I. alle dieſelbe Sache gemeinſchaftlich, und wollen, um dieſe Gemeinſchaft aufzuheben, und die Sache an einen ausſchließend zu übertragen, um dieſe Sache ſpielen. Hier iſt es klar, daß nichts, als dem wirklichen Spielen vorhergehend gedacht werden kann, wie der Vertrag zum Spielen. Dieſer Vertrag beſteht darin, daß jeder einzelne Theilhaber auf den Fall, daß er beſiegt werden würde, ſeine an die Sache habende Rechte abzutreten verſpricht. An wen aber, wenn der Spieler mehr, als zwey ſind? Hier iſt wohl, wofern nicht die Entſcheidung für alle in ein Moment fällt, diejenige Vorſtellung die natürlichſte, wenn man ſagt: Jeder einzelne verſpricht, daß, ſobald die Bedingung gegen ihn verneinend ausfallen würde, er von der Geſellſchaft abtreten, ſeinen, als Theilhaber, an die gemeinſchaftliche Sache habenden Rechten entſagen, und dieſe den übrigen, gegen welche die beſtimmte Bedingung noch nicht abſprechend entſchieden hat, alſo der übrigen noch beſtehenden Geſellſchaft, überlaſſen wolle [47]. Hier tritt alſo der Beſiegte nur ab, und ihm, der keine Rechte mehr hat, muß es ganz gleichgültig ſeyn, was die übrigen, unter denen die Gemeinſchaft fortdauernd bleibt, mit der Sache machen wollen. Er kann weder verlangen, daß ſie das Spiel fortſetzen, noch es hindern, wenn ſie in der Gemeinſchaft bleiben, oder die Sache theilen wollen. Von dieſen übrigen Geſellſchaftsgliedern hat



47) Grolman hat dies in der angeführten Schrift S. 26. ff. ganz einleuchtend dargethan.

keiner größere und mehrere Rechte, als der andere. Sie behalten alſo auch, wenn ſie die Gemeinſchaft fortſetzen, gleiche, und bekommen gleiche Antheile, wenn ſie die Theilung belieben. Selbſt ein Zufall, welcher nach den Abtritt des Beſiegten die Fortſetzung des Spiels hindern könnte, würde ſeine Rechte nicht wieder aufleben machen, ihn nicht wieder in die Geſellſchaft zurückführen[48]).

II. Die auszuſpielende Sache gehörte vorher noch nicht der ſpielenden Geſellſchaft gemeinſchaftlich zu. Es laſſen ſich hier wieder zwey mögliche Fälle gedenken.

a) Die Sache war bisher in dem alleinigen Eigenthum eines Dritten, d. h. eines ſolchen, der keinen Antheil am Spiele nimmt. Hier treten zwey ganz verſchiedene Geſchäfte ein, die ſorgfältig von einander abgeſondert werden müſſen.

1) Ein vorbereitendes, wodurch die Sache erſt an die Spielenden kommt, und in ein ſolches Verhältniß gegen ſie gebracht wird, daß ſie darum ſpielen können. Es hat alſo zur Abſicht, der zum Ausſpielen vereinigten Geſellſchaft die Sache entweder wirklich zu erwerben, oder doch ihr einen Rechtstitel zur Erwerbung zu verſchaffen. Wie könnten ſie ſich ſonſt wechſelſeitig den Gewinn und Verluſt garantiren? Was dieſes vorbereitende Geſchäft für ein Vertrag ſey, hängt von den Umſtänden ab. Es kann eine Schenkung, oder ein benannter oder unbenannter Contract ſeyn. Gewöhnlich iſt es ein Kaufcontract, d. i. man giebt Einſatz[49]). Der Einſatz aller Spieler iſt hier der

48) Grolman a. a. O. S. 25. ff.

49) Weil die ausgeſpielte Sache, den Einſatz aller zuſammen gerechnet, gewöhnlich weit über ihren Werth von den Intereſſen-

der Kaufſchilling, denn alle Einſetzenden ſind nur für einen Käufer anzuſehen. Es iſt alſo nur ein Kauf mit allen Einſetzenden geſchloſſen, und dies iſt ein unbedingter Kauf, mithin kein bloßer Hoffnungskauf. Denn die Hoffnung, die jeder der Einſetzenden hat, die Sache zu gewinnen, betrifft hier nicht, wie bey der emtio ſpei der Fall iſt[50]), das künftige Daſeyn der Sache, oder ihre künftige Unterordnung unter das Veräußerungsvermögen des Verſprechenden, ſondern einen außer der Sache liegenden Umſtand. Bedingt kann der Kauf auch ſchon darum nicht ſeyn, weil es ſich nicht denken läßt, daß der Verkäufer ſeine Verbindlichkeit von einer Bedingung abhängig machen wolle, wobey er doch ſelbſt nicht im geringſten intereſſirt ſeyn kann. Ganz davon unabhängig iſt

2) das eigentliche Spielgeſchäft, welches ſich auf einen blos unter den Spielern eingegangenen Vertrag gründet, wodurch die Erwerbung der durch jenes präparatoriſche Geſchäft erſt von der Geſellſchaft erworbenen Sache für den Sieger vom Spiel abhängig gemacht wird.

 Es

ſenten bezahlt wird, ſo verbieten verſchiedene Provinzialgeſetze das Ausſpielen. S. von Berg Handbuch des deutſchen Policeyrechts Th. 2. S. 258. und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutſchen peinlichen Rechts 3. Th. §. 563. Allein wo das Ausſpielen nicht durch Landesgeſetze verboten iſt, kann es an ſich keinesweges für ein verbotenes Geſchäft gehalten werden, ſofern es ſich nicht durch die Art, wie es unternommen wird, zu einem verbotenen Glücksſpiele qualificirt.

50) *L. 8. §. 1. D. de contrab. emt.*

Es iſt von practiſcher Wichtigkeit, dieſe beyden Geſchäfte von einander abzuſondern, und noch wichtiger iſt es, das erſtere von beyden für unbedingt, nicht für abhängig vom Ausgange des zweyten anzuſehen[51]). Folgende Reſultate werden uns davon lebhaft überzeugen.

α) Wäre das präparatoriſche Geſchäft bedingt, ſo wären, wenn die Sache vor geendigtem Spiel zu Grunde geht, alle diejenigen, gegen welche die Bedingung noch nicht entſchieden hat, vom Einſatz frey. Allein ſo iſt es nicht. Sobald die Theilnehmer ſich mit dem, welcher die Sache will ausſpielen laſſen, über den Einſatz vereiniget haben, iſt der Contract vollkommen. Von dieſem Augenblicke an geht auch die Gefahr der Sache auf die Käufer über, und ſie ſind, wenn gleich die Sache noch vor dem Ausſpielen durch Zufall zu Grunde geht, dennoch den Einſatz zu entrichten verpflichtet. Von dieſem Augenblicke an muß aber auch der Verkäufer für culpa levis haften, wenn die Sache durch ſeine Unthätigkeit deteriorirt wird, ja er muß für cuſtodia plena ſtehen, d. h. er iſt für das geringſte Verſehen verantwortlich, wenn vor der Uebergabe die Sache verlohren, oder zu Grunde geht[52]).

β) Der Ausſpielende iſt verbunden, die Sache der Geſellſchaft, nach Erlegung des Einſatzes und völliger Befriedigung deſſelben in Rückſicht des beſtimmten Preiſes, ſogleich zu übergeben; ſtatt daß derſelbe, wenn der Kauf

51) S. Grolman in der angef. Schrift S. 45. ff.

52) *L. 5. §. 2. D. Commod. L. 13. §. 22. D. de act. emti vend. L. 1. §. 1. D. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et commodo rei vendit.*

Kauf bedingt wäre, erſt die Entſcheidung abwarten dürfte, und nur dem die Sache zu übergeben verbunden wäre, welchen das Spiel und die feſtgeſetzte Bedingung begünſtiget hat. Endlich

γ) wäre der mit dem Ausſpieler geſchloſſene Vertrag bedingt, ſo müßte der Verkäufer die Koſten, die er vor dem Eintritt der Bedingung auf die Sache verwendet hat, allein tragen, weil er in der That ſein eigenes Geſchäft führt. Statt deſſen aber liegt es nach der richtigern Anſicht gleich nach geſchloſſenem erſtern Geſchäft den Käufern ob, die Koſten ſelbſt zu beſtreiten, und dieſe dem Verkäufer, wenn er ſie vorgeſchoſſen hat, zu erſetzen. Noch iſt ein anderer Fall denkbar, nämlich

b) der, wenn derjenige, welcher die Sache ausſpielen läßt, ſelbſt Antheil am Spiel nimmt. Man würde ſich ſehr irren, wenn man hier annehmen wollte, daß das Ausſpielgeſchäft blos in einem Vertrage zwiſchen dem, welcher die Sache ausſpielen läßt, und jedem einzelnen Theilnehmer beſtehe, nämlich gegen Erlegung des beſtimmten Einſatzes, mit ihm zu ſpielen, und ihm, im Falle des Sieges, die Sache zu überlaſſen. Denn der Umſtand, daß der Ausſpieler zugleich an dem Spiele ſelbſt Theil nimmt, kann in der Hauptſache nichts ändern. Das Ausſpielgeſchäft beſteht alſo hier gerade, wie in dem vorigen Falle,

1) in einem präparatoriſchen, wodurch die Sache der Geſellſchaft erworben wird, und dieſes iſt, wenn gegen Einſatz geſpielt wird, ebenfalls ein reiner Kauf.

2) Aus dem eigentlichen Spielgeſchäft.

Die Folgen ſind auch hier eben ſo, wie in dem vorigen Falle; nur daß hier der Ausſpielende ſich auch darum zu bekümmern hat, was die Spieler mit der Sache vornehmen, weil er hier auch bey dem Spiel ſelbſt intereſſirt iſt, mithin auch als Spieler und Geſellſchaftsmitglied Rechte hat, welche dem Ausſpielenden in dem vorigen Falle nicht zugeſchrieben werden konnten[53].

53) S. Grolman a. a O. S. 55. ff.

---

Lib. XI. Tit. VI.

# Si menſor falſum modum dixerit.

§. 763.

Wer heißt hier *menſor?* Rechtliches Verhältniß, wenn er unrichtig vermeſſen hat.

Menſor wird hier derjenige genennt, welcher die Größe einer Sache nach den Regeln der Geometrie zu beſtimmen hat [54]). Dieſe Menſoren waren bey den Römern Gelehrte, welche die Geometrie lehrten, und als eine ars liberalis ausübten [55]). Daher werden ſie Magiſtri geometriae [56]), und Geometrae [57]) in den Geſetzen genennt, und Kr. Valentinian [58]) nennt ihre Beſchäftigung eine *erudita ars.* Sie ſtanden in großer Achtung [59]), und werden ſpectabiles auch clariſſimi [60]) genennt. Man bediente ſich

54) S. Exercitat. iurid. antiquar. de agrimenſoribus Romanorum. *Bremae 1771. 8.*

55) *L. ult. Cod. de excuſat. artific.*

56) Man ſehe die Verordnung der Kr. Theodos u. Valentinian bey GOESIUS in ſcriptor. rei agrariae pag. 343.

57) *L. 2. C. de excuſat. artif. L. 22. D. de excuſat.*

58) *L. 5. C. Th. finium regundor.*

59) CASSIODORUS *Variar. Epiſtolar.* Lib. III. Epiſt. 53. S. GROTII Florum ſparſio ad ius Iuſtinian. pag. 149.

60) S. die Verordnung der Kr. Theodos u. Valentinian bey GOESIUS in ſcriptor. rei agrar. pag. 343.

ſich nun dieſer Menſoren ſowohl bey Gränzſtreitigkeiten, wie ſchon an einem andern Orte[61]) vorgekommen iſt, als auch insonderheit bey Kaufshandlungen, wenn es entweder dem Käufer oder dem Verkäufer daran lag, den Flächeninhalt eines Ackerſtücks genau zu wiſſen[62]). Hatte nun ein ſolcher Menſor ein falſches Maas angegeben, ſo exiſtirte nach dem römiſchen Civilrecht keine Klage, wodurch der dadurch entſtandene Schaden hätte verfolgt werden können. Denn zwiſchen dem agrimenſor, und demjenigen, deſſen Grundſtück er maas, beſtand nach der Anſicht der Römer kein gültiges Geſchäft, ſondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener dieſem erzeigte, wenn er eine ſolche Meſſung übernahm. Wurde er auch für ſeine Mühe belohnt[63]), ſo war dies doch kein Lohn, ſo wie man ihn

61) S. des 10. Theils 2. Abth. §. 717. Not. 32. S. 436.

62) *L. 1. pr. D. h. t.* Adverſus menſorem agrorum Praetor in factum actionem propoſuit, a quo falli nos non oportet. Nam intereſt noſtra, ne fallamur in modi renunciatione: ſi forte vel de finibus contentio ſit, vel emtor ſcire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veniat.

63) In gewiſſen Fällen war die Belohnung der agrimenſorum ſogar geſetzlich beſtimmt. Merkwürdig iſt die Verordnung des Krs. Theodoſius *ad Numum Magiſtrum officiorum*, welche *Wilh.* GOESIUS inter Leges de controverſiis agrorum pag. 343. anführt: *Praecipimus itaque Agrimenſoribus, ut pro laborum viciſſitudine Geometricae artis, fundo cui finem reſtituens in trifinii rationem ſteterit, et convenientiam trium centuriarum ibidem eſſe ſignaverit, tres aureos accipiat, absque ſua pulveratica. Quodſi limitem direxerit, volumus, ut per ſingulas poſſeſſionis uncias ſingulos aureos accipiat.* Was hier PULVERATICA, oder, wie es *L. 16. Cod. Theodos. de Tironibus* genannt wird, PULVERATICUM ſey, iſt ungewiß. *Iac.* CUJACIUS Obſer-

ihn dem Handwerksmanne accordirt; denn mit einem Gelehrten ſchließt man keinen Miethcontract, wenn er uns Dienſte zu leiſten verſpricht; ſondern es iſt ein Honorar, was man ihm blos zur Bezeigung ſeiner Erkenntlichkeit, aber nicht als ein Aequivalent giebt[64]). Um den aus dieſem

ſervat. Lib. IV. cap. 18. und *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. Tom. II. Lib. VII. Tit. 13. pag. 390. der Ritterſchen Ausgabe verſtehen darunter *honorarium, quod quaſi pro labore et pulvere Agrimenſoribus dabatur.* Allein dieſe Meinung widerlegt ſich ſchon aus der angeführten Conſtitution von ſelbſt, in welcher das pulveraticum von dem Honorar ganz deutlich unterſchieden wird. *Wilh.* GOESIUS in Notis ad Scriptor. rei agrariae pag. 194. erklärt das *Pulveraticum* auf eine andere Art: Erit potius illud, ſagt er, *quod militi, aliive cuiquam datur, antequam ad pulverem et laborem caſtrorum alteriusve cuiusdam exercitii accedat.* Ihm ſtimmt auch der Verfaſſer der oben angeführten Abhandlung de Agrimenſoribus Romanor. §. 20. Not.** pag. 60. bey, und vergleicht es mit der jetzt üblichen *arrha.* Die richtigſte Erklärung ſcheint mir jedoch die zu ſeyn, welche *Io. Dan.* RITTER ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. not. c. Tom. II. pag. 390. giebt, wenn er ſagt: PULVERATICA *agrimenſoribus data non eſt aliud, quam pecunia in ſingulos dies victus cauſa attribuenda, quam hodie ſolemus erogare in illos, quibus negotia noſtra peregre agenda dedimus.* Alſo was man heut zu Tage Diäten zu nennen pflegt.

64) Wenn gleichwohl Paulus *L. 4. §. 1. D. finium regundorum* ſagt: Sed etſi menſor ab altero ſolo *conductus* ſit, condemnatio erit facienda eius, qui non *conduxit*, in partem *mercedis*; ſo geſchieht dies im uneigentlichen Sinn; wie auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. bemerkt hat. In dieſem uneigentlichen Sinn wird auch *L. 1. §. 1. D. h. t.* das Wort *merces* für honorarium

ſem Grunde leicht möglichen Betrügereyen vorzubeugen, wurde daher durch das prätoriſche Recht eine *actio in factum* für den Fall eingeführt, wenn der menſor durch dolus oder culpa lata dem einen oder andern Theile Schaden gethan hätte. **Ulpian** ſagt *L.* 1. *D. h. t.* Ideo autem hanc actionem propoſuit Praetor, quia non crediderunt veteres, inter talem perſonam locationem et conductionem eſſe, ſed magis operam *beneficii loco* praeberi: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde *bonorarium* appellari. Si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem [65]). Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit: viſum eſt enim, ſatis abundeque coërceri menſorem, ſi dolus malus ſolus conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non eſt*; proinde, ſi imperite verſatus eſt, ſibi imputare debet, qui eum adhibuit: ſed et ſi negligenter, aeque menſor ſecurus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et ſi mercedem accepit, non omnem culpam eum praeſtare, propter verba Edicti: utique enim ſcit Praetor, et mercede eos intervenire.

## §. 764.

Eigenſchaft der actio in factum gegen den menſor. Ausdehnung dieſer Klage auf mehrere Fälle.

Die *actio in factum* wider den agrimenſor ſetzt alſo voraus,

1) das

norarium genommen. Denn unmittelbar vorher wird ausdrücklich geſagt, zwiſchen dem agrimenſor, und demjenigen, welcher ſich deſſelben bedient, beſtehe keine locatio conductio.

65) In den *Baſilic.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 9. pag. 236. heißt es: *καὶ ἀχρήστως τις κινεῖ τὴν περὶ μισθώσεως ἀγωγήν.* i. e. *et in eum locati conducti inutiliter agitur.*

1) daß das Maas oder die Größe eines Grundſtücks von dem menſor zu Jemandes Schaden falſch angegeben worden ſey, (falſum modum renunciatum eſſe). Hat der menſor blos die Ausmeſſung verzögert, und dadurch den Verkäufer in Schaden geſetzt, weil dieſer dem Käufer verſprochen hatte, daß das Grundſtück binnen einer gewiſſen Zeit ausgemeſſen werden ſolle; ſo hat nicht dieſe Klage, ſondern die *actio doli* Statt[66].

2) Dem

66) *L. 5. pr. D. h. t.* Si menſor non falſum modum renunciaverit, ſed traxerit renunciationem, et ob hoc evenerit, ut venditor *liberetur*, qui adſignaturum ſe modum intra certum diem promiſit: haec actio locum non habet. Sed nec dari utilem debere, *Pomponius* ait. Erit ergo ad *actionem de dolo* decurrendum. Statt *liberetur*, wie die Florentine lieſet, wollen CUJACIUS Obſervation. Lib. VII. cap. 35. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. *Io.* VOET Com. ad Pandect. h. t. §. 3. in fin. und POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. pag. 336. lieber *laederetur* leſen. Dieſe Emendation macht auch der Sinn des Geſetzes nothwendig, und wird durch die Baſiliken unterſtützt. Dieſe haben Tom. VII. pag. 237. Εὰν μὴ ὁ μετρητὴς ἐκφωνήσῃ, ἀλλ᾽ ὑπερθέμενος βλάψῃ τὸν πράτην· etc. i. e. *Si menſor non renunciaverit falſum modum, ſed dilata renunciatione laeſerit venditorem. Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. III. cap. 15. pag. 188. ſucht zwar die florentiniſche Leſeart zu vertheidigen, und gründet ſich auf *L. 40. pr. D. de contrah. emt. vendit.* Allein ſeine Erklärung iſt erzwungen, und den Worten des Geſetzes zuwider. Es leſen auch mehrere Cod. mmſcr. LAEDERETUR. Brenkmann führt in der Gebauerſchen Ausgabe ſechs an, die er ſelbſt verglichen hat. Auch Charondas bezeugt dieſes. In den Scholien der Baſiliken Tom. VII. pag. 241. not. x. wird nach *promiſit* noch zur Erläuterung hinzugefügt: καὶ πρόςιμον προσέθετο, εἰ μὴ εμπροθέσμως παραδῷ. i. e. *et poenam adjecit, niſi ad diem adſignarit.*

2) Dem agrimenſor muß ein dolus oder eine culpa lata zur Laſt fallen. Mehr kann man von einem menſor nicht fordern, als daß er dafür hafte [67]). Es iſt auch kein Unterſchied, ob er eine Belohnung erhalten, oder die Meſſung umſonſt übernahm [68]). Es kommt auch darauf nicht an, ob ihm die Meſſung vom Richter, oder von den Partheyen aufgetragen worden [69]), desgleichen, ob die Meſſung von ihm ſelbſt geſchehen iſt, oder von ihm einem Andern überlaſſen worden. Denn auch für deſſen dolus oder grobe Unachtſamkeit iſt er verantwortlich [70]).

3) Der verletzte Theil muß durch kein anderes Rechtsmittel ſeine Entſchädigung erhalten können. Denn die actio in factum iſt nur ſubſidiariſch, und findet daher nicht Statt, wenn der in Schaden geſetzte Theil ſchon durch die actio venditi, oder emti, oder condictio indebiti hinlänglich gedeckt iſt [71]).

*L.* 3. § 2. *D. h. t.* Pomponius tamen ſcribit, ſi emtor plus dederit venditori propter renunciationem, quia *condicere* poteſt, quod plus dedit, agi cum menſore non poſſe: nihil enim emtoris intereſſe, cum poſſit *condicere*; niſi ſolvendo venditor non fuit, tunc enim menſor tenebitur.

*L.* 3. §. 3. *D. eodem.* Sed ſi venditor maiorem modum tradiderit, fraudatus a menſore, conſequenter dicit

67) S. Egid von Löhr Theorie der Culpa. S. 194. u. Ebenderſelbe in den Beyträgen zur Theorie der Culpa S. 78.

68) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

69) *L. 3. §. 4. D. eod.*

70) *L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. D. h. t.*

71) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

dicit Pomponius, non eſſe actionem adverſus menſorem: quia eſt *ex vendito actio* adverſus emtorem; niſi et hic emtor ſolvendo non ſit.

*L.* 5. §. 1. *D. eod.* Si, cum falſus modus renunciatus eſſet, emtor cum venditore *ex emto* egiſſet: agere poterit etiam cum menſore [72]). Sed, ſi nihil eius intereſt, condemnari menſorem non oportet. Quodſi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit, ſed de minore: conſequenter ſcribit Pomponius, de reſiduo cum menſore agi poſſe.

4) Uebrigens ſteht die Klage jedem zu Gebote, dem durch die Angabe des falſchen Maaßes geſchadet, und welcher dadurch veranlaßt worden iſt, das Grundſtück entweder zu theuer zu kaufen, oder zu wohlfeil zu verkaufen. Alſo der Käufer oder Verkäufer, oder wer ſonſt dabey intereſſirt iſt, kann ſie anſtellen [73]). Sie kommt daher auch dem Erben zu ſtatten, oder wer ſonſt, dem Erben gleich, in des Verletzten Rechte eintritt [74]). Hingegen

5) wider die Erben des agrimenſoris findet die Klage nach dem Römiſchen Recht nicht Statt, weil ſie ein factum illicitum zum Grunde hat [75]). Eben deswegen haften auch mehrere wegen der Entſchädigung in ſolidum, jedoch befreyet die von dem einem geleiſtete Entſchädigung die

72) Wenn nämlich der Käufer ſeine Entſchädigung von dem Verkäufer nicht erhalten hat. S. POTHIER Pand. Iuſtin. h. t. Nr. IV. not. e.

73) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

74) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.*

die übrigen[75]). Die Klage iſt daher, wie Noodt[76]) ganz richtig bemerkt, in Anſehung des Klägers eine actio rei perſecutoria; hingegen von Seiten des Beklagten eine Pönalklage. Nach dem kanoniſchen Recht wird jedoch die Klage auch gegen die Erben geſtattet, ſoweit die Erbmaſſe zureicht[77]).

6) Die Klage geht auf den Erſatz des durch Angabe des falſchen Maaßes verurſachten Schadens. Z. B. was der Käufer wegen der falſchen Angabe mehr für die Sache gegeben, oder der Verkäufer weniger für dieſelbe erhalten hat. Die Baſiliken[78]) ſprechen zwar immer von einer poena dupli, welche den menſor treffe. Allein in den Geſetzen dieſes Titels iſt dieſe Strafe nicht gegründet. Dieſe reden blos von Leiſtung des Intereſſe[79]). Hat der Kläger ſchon zum Theil ſeine Entſchädigung von dem erhalten, mit welchem er das Geſchäft über das Grundſtück geſchloſ-

75) *L. 3. pr. D. h. t.* S. KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati Specim. I. §. 10.

76) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261.

77) *Cap. 5. X. de raptor.* S. KLEINSCHROD Doctrina cit. Specim. I. §. 14. beſonders in Rückſicht der gegenwärtigen Klage STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 21. und THIBAUT Syſt. des P. R. 2. B. §. 867.

78) Tom. VII. pag. 235. Ο *μετρητὴς ψευσάμενος περὶ τὸ μέτρον τȣ̃ φιλονεικουμένου ἢ πιπρασκομένου ἀγροῦ, ὑπόκειται τῇ τȣ̃ διπλοῦ ἀπαιτήσει.* i. e. *Menſor, qui falſum modum dicit agri litigioſi, aut venditi, in duplum tenetur.*

79) *L. 1. pr. L. 3. §. 1. 2. et 3. D. h. t.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. et 8.

ſchloſſen hat; ſo findet die Klage nur noch wegen des Ueberreſts Statt [80]).

7) Die Klage iſt eine actio perpetua, welche erſt durch eine Verjährung von dreyßig Jahren erliſcht. Paulus führt den Grund an *L. 4. D. h. t.* Haec actio perpetua eſt, quia initium rei non a circumſcriptione, ſed a ſuſcepto negotio originem accepit. Noodt [81]) Anton Faber [82]) und Böckelmann [83]) finden dieſen Grund bündig und paſſend. Prius enim eſt, ſagt Faber, ut menſor ſuſceperit munus, et officium metiendi et renunciandi, quam ut dolo malo verſatus ſit in falſo modo renunciando. Böckelmann fügt noch hinzu: In hac autem ſuſceptione hoc actum videtur, ut bona fide fieret menſio, quodſi contra iſtam ſuſceptionis legem fecerit menſor, videtur potius ex conventione violata quam delicto conveniri: quia conventio praeceſſit delictum, et cum dubitatur de natura actionis, ſemper initium negotii ſpectandum eſſe, Ulpianus quoque poſt Labeonem confirmat [84]). Allein Jacob Voorda [85]) glaubt hier ein Beyſpiel zu finden, wodurch die Bemerkung beſtärkt wird, die ſchon längſt Cujaz [86]), Janus

80) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

81) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. in fin.

82) Rational. in Pandect. ad h. L. 4. h. t.

83) Commentar. in Dig. h. t. §. 6.

84) *L. 8. pr. D. Mandati.*

85) Interpretat. ad Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10.

86) Obſervation. Lib. XVII. cap. 15.

Janus a Coſta[87]), und Gilbert Regius[88]) gemacht haben, nämlich, daß die Römiſchen Rechtsgelehrten nicht immer die richtigen Gründe von ihren Entſcheidungen und behaupteten Rechtsſätzen angegeben haben. Es iſt wohl ganz einleuchtend, daß der Anfang des übernommenen Geſchäfts keinen Einfluß haben kann auf die Dauer der Klage, und daher die Klage nicht ex ſuſcepto negotio, ſondern vielmehr ex circumſcriptione entſpringt. Denn **Ulpian**[89]) ſagt ja ausdrücklich: Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit. Der wahre Grund, warum die Klage perpetuirlich iſt, ſcheint vielmehr der zu ſeyn, welchen **Paulus** angiebt *L.* 35. *D. de obligat. et action.* quia honorariae actiones, *quae rei perſecutionem habent*, *nec contra ius civile dantur*, etiam poſt annum dantur.

8) Direct hat die actio in factum nur gegen einen agrimenſor bey Feldgütern Statt. Der Prätor hat aber die Klage nachher auf die Vermeſſung aller andern, ſowohl unbeweglichen als beweglichen Sachen, ausgedehnt, ſo daß daher dieſe Klage utiliter auch bey Gebäuden, Wein, Getraide, u. dergl. gebraucht werden kann[90]). Sie findet ferner Statt, wenn über die Breite eines Weges geſtritten wird, und es auf eine Vermeſſung ankommt[91]). Der Kaiſer **Severus** geſtattete ſie auch durch ein Decret gegen einen Baumeiſter[92]), und **Ulpian** dehnt ſie ſogar auf

87) Commentar. ad Decretal. Lib. I. Tit. 29. pag. 144.

88) Εναντιοφαν. Lib. II. cap. 14.

89) *L.* 1. *§.* 1. *D. h. t.*

90) *L.* 5. *§.* 2. *D. h. t.*

91) *L.* 6. *L.* 7. *pr. et §.* 1. *D. eodem.*

92) *L.* 7. *§.* 3. *D. h. t.*

auf einen Rechnungsführer aus, wenn er argliſtig oder aus grober Nachläſſigkeit einen Rechnungsfehler überſehen hat[93]).

### §. 765.

Heutige Anwendbarkeit.

Daß auch noch heut zu Tage die actio in factum contra menſorem Statt finde, wenn das Ausmeſſen eines Grundſtücks von einem Gelehrten nach den Regeln ſeiner Kunſt geſchehen iſt, leidet keinen Zweifel [94]). Oft geſchieht aber auch heutiges Tages die Ausmeſſung von ſolchen Perſonen, die ſich dazu für einen Lohn dingen laſſen, und ſich von dieſem Metier nähren. Das Geſchäft, welches mit ſolchen Leuten geſchloſſen wird, iſt denn freylich nur eine locatio conductio operarum, und die Verbindlichkeit derſelben nach den Grundſätzen dieſes Contracts zu beurtheilen. Sie haften daher mit der actione conducti für culpa levis, wenn ſie ein falſches Maas angegeben haben [95]).

93) *L. 7. §. 4. D. h. t.* Ego etiam, ſagt Ulpian, adverſus *tabularium* puto actiones dandas, qui *in computatione* fefellit. Bey den Römern gab es zweyerley Arten der *Tabulariorum.* Einige waren in Dienſten der Städte, und hatten das Steuer- und Rechnungsweſen unter ſich; andere wurden in gerichtlichen Geſchäften gebraucht. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodoſian. Tom. II. pag. 488. Hier iſt unſtreitig von den erſtern die Rede. Sie werden daher auch *L. 1. §. 6. D. de extraord. cognit.* ausdrücklich *calculatores* genennt, und zur Claſſe der Gelehrten gezählt. Man ſehe auch BRISSONIUS de Verb. Signific. v. *Tabularius.*

93) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 3.

94) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 2. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXI. §. 24. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſimae Commentat. in Pand. h. t. §. 3. et 4.

## Lib. XI. Tit. VII.

# De religioſis et ſumtibus funerum et ut funus ducere liceat.

### §. 766.

### Recht der Begräbniſſe nach dem Römiſchen Rechte.

Bey den Römern [96]) gab es ehemals keine zur Beerdigung menſchlicher Leichname beſtimmte öffentliche Plätze, ſondern jeder begrub ſeine Todten auf ſeinem Eigenthume, oder an öffentlichen Wegen [97]). **Varro** [98]) ſagt, man habe dabey die Abſicht gehabt, die Vorübergehenden an die Sterblichkeit zu erinnern. *Sepulchra ideo ſecun-*

96) *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium. *Paris 1615.* rec. *Lipſiae 1671. 8. Flor.* DULPHUS de ſepulturis, epitaphiis et defunctorum monumentis. *Bononiae 1641.* 4. MEURSIUS de funere Romanorum. *Hagae 1604.* 4. *Io.* KIRCHMANN de funeribus Romanorum. *Francofurti 1672.* 8. und *Chriſt. Gotth.* HÜBNER Hiſtoriae Legum Romanarum ad ſepulturas pertinentium, adiuncta earum comparatione cum patriis inſtitutis, Specimen I. *Lipſiae 1794.* 4.

97) KIRCHMANN cit. libr. Lib. II. cap. 22. *Io. van* NISPEN Diſput. de ſepulcro violato. *Lugd. Batav. 1723.* Cap. 18. et 19. in *Ge.* OELRICHS *Theſ. Diſſertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 67.

98) *de Lingua lat.* pag. 64. edit. *Bipont.*

*ſecundum viam ſunt, quo praetereuntes admoneant, et ſe fuiſſe, et illos eſſe mortales.* Daher auch die Anrede an den Wanderer auf den Grabſchriften der Römer: *Siſte, aſpice viator.* Einige öffentliche Wege, namentlich die *Appia, Aurelia, Flaminia, Latina, Laurentina, Oſtienſis, Praeneſtina* und *Tiburtina*, waren wegen der daſelbſt befindlichen Grabmäler beſonders berühmt [99]). In der Stadt ſelbſt durfte hingegen kein Todter begraben werden. Schon in den Geſetzen der zwölf Tafeln war verordnet: *Hominem in urbe ne ſepelito, neve urito.* **Cicero** [100]), der dieſes Geſetz anführt, ſetzt den Grund in Verhütung der Feuersgefahr, welche aus dem Verbrennen des Körpers zu beſorgen war. Allein da nicht blos das Verbrennen, ſondern auch das Begraben in der Stadt verboten war, ſo ſcheint auch ein Hauptgrund geweſen zu ſeyn, welchen **Iſidor** [1]) anführt: ne foetore ſuo corpora *viventium contacta inficerentur.* **Julius Paulus** [2]) fügt noch einen religiöſen Grund hinzu: Corpus in civitatem inferri non licet, *ne funeſtentur ſacra civitatis.* Die Ausnahmen, welche man



99) MEURSIUS de funere cap. 42. QUENSTEDT de ſepulturis pag. 184. ſqq.

100) *de Legib.* Lib. II. Cap. 23.

1) *Lib. XIV. Origin.* cap. 21. Man ſehe *Io. Lud. Guil.* BECK Obſervationes de Romanor. disciplina publica medica ad illuſtranda Veterum Scriptorum et iuris civilis loca. *Lipſiae 1809.* Cap. I. §. 3.

2) *Receptar. Sententiar. Lib. I. Tit. 21. §. 2.* in SCHULTING jurisprud. Antejuſtin. pag. 261.

bey viris claris [3]) und den Veſtalinnen [4]) machte, verurſachten jedoch, daß das Geſetz nach und nach in Vergeſſenheit gerieth. Es wurde daher unter den Conſulat des Duillius im Jahr der Erb. Roms 494. durch ein Senatusconſultum erneuert [5]). Weil es jedoch eigentlich nur auf Rom allein ſich beſchränkte, ſo dehnte es Kr. Hadrian durch ein Reſcript auf alle Städte aus, und ſetzte auf deſſelben Uebertretung eine Strafe von 40 aureis [6]); welches nachher Kr. Antoninus Pius, weil Zweifel über die Allgemeinheit ſeiner Verbindungskraft entſtand, nochmals beſonders in Beziehung auf die Municipalſtädte beſtätigte [7]). Neue Kunſtgriffe das Geſetz zu eludiren, welche

3) Beyſpiele führt Cicero a. a. O. an.

4) SERVIUS ad *Aeneid.* Lib. XI. v. 206. ſagt: *Imperatores et virgines Veſtales, quia legibus non tenentur, in civitate habent ſepulcra.* S. *van* NISPEN Diſſert. cit. Cap. 20.

5) SERVIUS *ad Aeneid. Lib. XI. v. 205.* DUILLIO Conſule Senatus prohibuit, et lege cavit, *ne quis in urbe ſepeliretur.*

6) *L. 3. §. 5. D. de ſepulcro violato.* D. HADRIANUS reſcripto *poenam* ſtatuit *quadraginta aureorum* in eos, *qui in civitate ſepeliunt;* quam fiſco inferri iuſſit, et in Magiſtratus, eadem qui paſſi ſunt, et locum publicari iuſſit, et corpus transferri. Quid tamen ſi *lex municipalis* permittat in civitate ſepeliri? poſt reſcripta principalia an ab hoc diſceſſum ſit, videbimus: quia generalia ſunt Reſcripta, et oportet imperialia ſtatuta ſuam vim obtinere, et in omni loco valere.

7) *Iulius* CAPITOLINUS in vita Antonini Pii Cap. 12. Multa de iure ſanxit, uſusque eſt iuris peritis, — *intra urbes ſepeliri mortuos vetuit.* Viele wollen zwar die Verordnung, welche Ulpian dem Hadrian und Capitolinus dem Kr. Antonin zuſchreibt, für ein und eben dieſelbe halten, weil bekannt iſt, daß Kr. ANTONINUS PIUS den Namen Hadrians, ſei-

che der Aberglaube erfand, veranlaßten zuletzt noch die Kaiſer Diocletian und Maximian daſſelbe aufs neue mit allem Nachdruck einzuſchärfen [8]). Durch Nachſicht

 der

ſeines Adoptivvaters, angenommen habe. CUJACIUS Lib. II. Obſervation. cap. 3. *Petr.* BURGIUS Elector. Libro cap. 4. (in *Ev.* OTTONIS Theſ. iur. Rom. Tom. I. pag. 316.) und *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. cap. 10. eignen daher dieſe Conſtitution dem Kr. Antonin zu. Dieſer Meinung ſtimmt auch *van* NISPEN cit. Diſſ. Cap. XVIII. §. 2. bey. Allein wenn gleich nicht zu läugnen iſt, daß beyde Namen zuweilen mit einander verwechſelt werden, ſo läßt ſich doch nicht wohl behaupten, daß es hier geſchehen ſey. Mit Recht halten daher CASAUBONUS ad Capitolin. d. c. 12. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. c. 33. MARCILIUS Interpretam Leg. XII. Tab. cap. 90. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 6. Cod. Theodos. de ſepulcris violatis. (Tom. III. pag. 61. der Ritterſchen Ausgabe.) die Verordnung des Kaiſers Antonin für eine von jener des Hadrians ganz verſchiedene Conſtitution. Es ſcheint nämlich, daß ſich die Municipalſtädte, welche, wie GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XVI. cap. 13. bemerkt, ſich ihrer eigenen Geſetze und Rechte bedienten, an jenes Verbot des Kaiſers Hadrian nicht gekehrt, ſondern ſich auf ihre *Lex municipalis* berufen haben. *Municipes* enim, ſagt Gellius, *neque ulla Populi Romani lege adſtricti, niſi in quam populus eorum fundus factus eſſet.* Man ſieht dies auch aus der Fraze, welche Ulpian *L. 3. §. 5. D. de ſepulcr. viol.* aufwirft: Quid tamen, ſi *Lex Municipalis* permittat in civitate ſepeliri? Dies mag den Kr. Antoninus Pius veranlaßt haben, die Verordnung des Krs. Hadrian nochmals, beſonders in Beziehung auf die Municipien, zu beſtätigen, wie *Herm.* NOORDKERK Obſervation. Decad. (*Amſtelodami 1731. 8.*) Cap. 5. und HÜBNER in hiſtor. LL. Rom. ad ſepulturas pertinent. Specim. I. pag. 13. ſq. mit vieler Wahrſcheinlichkeit gezeigt haben.

8) *L. 12. Cod. de Religioſis.*

der chriſtlichen Kaiſer geſchahe es jedoch in der Folge, daß man die Beyſetzung der Toden ſogar in den Kirchen erlaubte [9]). Dieſen üblen Gebrauch, der ſeit Conſtantins Zeiten aufkam, verbot zwar nachher Kaiſer Theodos der Große, und bedrohete die Uebertreter ſeines Geſetzes mit dem Verluſt des dritten Theils ihres Vermögens [10]). Ein glei-

9) *Chr. Gott. de* WINCKLER Diſſ. de iure ſepulturae in templis *Lipſiae 1784.* und GUNDLING Obſervat. ſelect. litter. de origine ſepulturae in templis.

10) *L. 6. Cod. Theod. de ſepulcr. violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) Quae ſupra terram urnis clauſa vel ſarcophagis corpora detinentur, extra urbem delata ponantur, ut et humanitatis inſtar exhibeant, et relinquant incolarum domicilio ſanctitatem. Quisquis autem huius praecepti negligens fuerit, atque aliquid tale ab huius interminationis praeceptis auſus fuerit moliri tertia in futurum patrimonii parte multetur. etc. Die Gründe, welche hier der Geſetzgeber anführt, werden verſchiedentlich erklärt. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad h. L. 6. Tom. III. pag. 161. erklärt den erſten Grund ſo, es ſollten die Grabmäler außer der Stadt an den öffentlichen Wegen die Vorübergehenden an die menſchliche Hinfälligkeit erinnern. Allein richtiger ſcheint Hübners Erklärung zu ſeyn, wenn er in Hiſtoria Legg. cit. pag. 19. ſagt: Cadavera *Theodoſio* tunc humanitatis inſtar ſeu exemplum exhibere videntur, quando ad humum, unde venerunt, redire, et cum illa miſceri poſſunt. Den andern Grund hält Godefroi mit dem oben vom Paulus angeführten für einerley: *ne funeſtentur ſacra civitatis.* Allein Hübner erklärt ihn ſo: ne templa Dei unius cultui deſtinata impura redderentur, et labis aliquid ex illo cadaverum foetore contraherent. MURATORIUS in Disquiſit. de veterum Chriſtianorum ſepulcris glaubt, das Geſetz ſey blos auf Conſtantinopel gegangen. Allein die Allgemeinheit dieſer Verordnung hat Godefroi aus bündigen Gründen erwieſen.. S. auch Hübner Diſſ. cit. pag. 20. ſqq.

gleiches that Kr. Juſtinian[11]). Allein Kaiſer Leo[12]) ſetzte ſich über alle dieſe Verordnungen ſeiner Vorfahren hinaus, und ließ jedem ſeine Freyheit, ob er ſich in der Stadt oder außer derſelben wolle begraben laſſen.

Hatte Jemand kein Eigenthum, worauf er ſich eine Grabſtätte errichten konnte, ſo konnte er ſich einen Platz dazu auf einem fremden Grundſtück kaufen. Daher führt Ulpian[13]) das pretium loci, in quo deſunctus humatus eſt, ausdrücklich mit unter den Begräbnißkoſten auf. Es wurde ſogar auf der Grabſchrift bemerkt, von wem man die Grabſtätte gekauft habe[14]). Zuweilen vermachte man Jemandem einen Platz zum Begräbniß auch in ſeinem Teſtament[15]). Hatte Jemand an einem fremden Orte einen Toden ohne Einwilligung des Eigenthümers begraben, ſo gab der Prätor[16]) eine Klage, welche dahin gieng, entweder das Cadaver wieder wegzuſchaffen, oder den Werth des Platzes zu bezahlen. Die Klage wird *actio in factum* genennt, und geht auch auf die Erben über[17]). Hat ein

Mit-

11) *L. 2. Cod. de ſacroſanct. eccleſ.*

12) *Nov. LIII.*

13) *L. 37. pr. D. h. t. L. 14. §. 3. D. eodem.*

14) Kirchmann de funerib. Romanor. Lib. II. cap. 23. hat deswegen mehrere Inſcriptionen zum Beweis angeführt.

15) *L. 14. Cod. de legat.* S. kirchmann c. l. pag. 184.

16) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur *in factum actione.*

17) *L. 7. pr. D. h. t.* Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium praeſtare cogitur per *in factum actionem*, quae tam heredi, quam in heredem competit, et perpetua eſt.

Miteigenthümer einen Toden auf dem gemeinſchaftlichen Grundſtück ohne des andern Miteigenthümers Einwilligung begraben, ſo kann zwar die actio in factum praetoria ohne Zweifel angeſtellt werden [18]; doch kann ſich der ſocius auch der actio familiae erciſcundae oder communi dividundo bedienen [19]. Es kann auch actione pro ſocio geklagt werden [20]. Noch iſt zu bemerken, daß die actio in factum nicht nur dem Eigenthümer, ſondern auch dem Uſufructuar, oder wer ſonſt eine Servitut auf dem Grundſtück hat, zu deren Nachtheil das Begräbniß gereicht, zuſtehe [21].

Daß übrigens die Römer den Gräbern eine gewiſſe Heiligkeit beygelegt haben, und der Ort, ſo weit ihn der Leichnam einnahm, pro loco religioſo gehalten worden [22], iſt

18) *L. 6. §. 6. D. Communi divid.*

19) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Eben ſo vereinigen die *L. 2.* mit der *L. 6. cit. Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 264. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. XI. Tit. 8. und POTHIER in Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. VIII. Not. c. Mehrere wollen indeſſen die *L.* 2. ſo verſtehen, als ob Ulpian läugne, daß die actio in factum in dem Falle Statt habe, da ein ſocius ohne Wiſſen des Andern auf dem gemeinſchaftlichen fundus einen Toden begraben habe. S. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 13. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opuſc. poſtum. ad Edict perpetuum p. 551. note.. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

20) *L. 39. D. pro ſocio.*

21) *L. 8. §. 4. D. h. t.*

22) *L. 2. §. 5. D. eodem.* S. *van* NISPEN Diſſ. cit. de ſepulcro violato Cap. 12.

iſt ſchon an einem andern Orte[23]) vorgekommen. Heineccius[24]) irrt, wenn er dieſe Heiligkeit einer Conſecration zuſchreibt. Ihm widerſpricht das Zeugniß eines Marcians[25]), welcher ausdrücklich ſagt: Religioſum locum unusquisque ſua voluntate facit, *dum mortuum infert in locum ſuum.* Die Worte der Grabſchrift: Diis manibus ſacrum bezogen ſich blos auf den Glauben der Alten, daß die Seelen und Schatten der Abgeſchiedenen ſich an dem Orte aufhielten, wo der Körper beygeſetzt worden iſt[26]).

## §. 767.

### Heutige Anſtalt der Gottesäcker, deren Urſprung, und Recht vorzüglich in Hinſicht ihrer Errichtung.

Jetzt iſt es nicht mehr eines jeden Willkühr überlaſſen, wo er ſich eine Grabſtätte errichten will, ſondern es ſind gewiſſe Plätze ausſchließlich zur Beerdigung der Todten unter öffentlicher Auctorität beſtimmt, welche man, ſofern ſie ſich bey Kirchen befinden, Kirchhöfe, und inſofern ſie davon abgeſondert ſind, Gottesäcker zu nennen pflegt. Beyde ſind unter dem Ausdruck Coemeteria begriffen, welcher von dem griechiſchen Wort Κοιμάω, dormio, herkommt, weil man den Tod mit dem Schlaf verglich. Es ſchreibt ſich dieſe Anſtalt wahrſcheinlich aus dem neunten Jahr-

23) S. den 2. Th. dieſes Commentars §. 165. S. 470. ff.

24) Antiquitat. Roman. iurisprud. illuſtrant. Syntagm. Lib. II. Tit. 1. §. 5.

25) *L. 6. §. 4. D. de rer. diviſ.*

26) S. HÜBNER in Hiſtor. LL. Romanar. ad ſepulturas pertinent. Specim. I. pag. 6. ſq.

Jahrhundert her, ſeitdem Kaiſer Leo der Philoſoph die ſtädtiſchen Begräbniſſe wieder erlaubt hatte [27]). Jeder Chriſt wünſchte nun nach ſeinem Tode nahe bey der Kirche ruhen zu dürfen, welche über dem Grabe eines Apoſtels oder Märtyrers erbaut war; und allmählig ſchlich ſich die religiöſe Idee ein, daß die Gemeine der heiligen Gottes, welche im Leben verſammelt geweſen, auch im Tode beyſammen bleiben müſſe, um an dem Tage der allgemeinen Auferſtehung von den Todten ſich ſogleich wieder zu finden [28]). Wenn es in dem Concilium zu Nantes, welches nach Harduin [29]) ums Jahr 895. iſt gehalten worden, can. 6. heißt: *Probibendum etiam ſecundum maiorum inſtituta, ut in eccleſia nullatenus ſepeliantur, ſed in atrio, aut in porticu, aut extra eccleſiam. Infra eccleſiam vero, aut prope altare, ubi corpus domini et ſanguis conficitur, nullatenus babeat licentiam ſepeliendi* [30]), ſo ergiebt ſich daraus,

27) Man ſehe hier vorzüglich *van* ESPEN Ius eccleſiaſt. univerſ. Part. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 11. ſqq. *Iuſt. Henn.* BOEHMERI ius eccleſ. Proteſtant. Tom. II. Lib. III. Tit. 28. §. 9. und *Paul. Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. III. §. 436.

28) S. Wieſe Handbuch des gemeinen in Teutſchland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 310. S. 753.

29) Concil. Tom. VI. P. I. §. 458.

30) Gratian ſchreibt dieſen Canon *can. 15. Cauſ. XIII.* Quaeſt. 2. unrichtig einem gewiſſen *Concilio Varenſi* zu, wie auch ſchon die Correctores Romani bemerkt haben. Daß man dafür vielmehr *Concilium Nanneteuſe* leſen müſſe, erhellet aus REGINO Lib. I. *de diſciplin. eccleſ.* cap. 125. und BURCHARDUS Lib. III. *Decretor.* cap. 159. Man ſehe auch *van* ESPEN loc.

raus, daß ſchon damals die Begräbniſſe bey den Kirchen ganz gewöhnlich geweſen seyn müſſen [31]). Anfangs wurden jedoch den Christen immer auch noch ganz von den Kirchen abgeſonderte Begräbniſſe auf ihrem Eigenthume geſtattet. Böhmer [32]) erklärt ſelbſt die Worte: *extra eccleſiam*, in dem angeführten Canon, von einer in fundis propriis, in quibus exſtructi erunt maiorum tumuli, permiſſa ſepultura. Noch weniger aber läßt uns hieran eine Verordnung des Pabſtes Leo III. vom Jahr 810. [33]) zwei-

loc. cit. §. 27. beſonders aber *Car. Sebaſt.* BERARDI Gratiani canones genuini ab apocryphis diſcreti. P. I. Cap. 20. pag. 221. (edit. *Venet. 1777.*)

31) S. *Iuſt. Henn.* BOEHMERI Diſſ. de iure erigendi coemeterium. (*Halae 1716.* Cap. I. §. 26. Es iſt nämlich hier zu bemerken, daß unter *Atrium*, deſſen in dem *Concilio Nannetenſi* Erwähnung geſchieht, nach der Erklärung des angeführten BERARDI in Gratiani canon. P. I. cap. 20. pag. 222. ſpatium illud vacuum verſtanden wird, quod remanſit ex area, ſive ſolo, in quo fuerat aedificata Eccleſia, quodque in hac ſignificatione Eccleſiam totam circumambit. Alſo die Umgebung der Kirche, oder was wir den Kirchhof nennen. *Porticus* hingegen nennt Berard locum deambulationi aptum, veluti clauſtrum Eccleſiae, ſeu Monaſterii, quae clauſtra hodie aliquibus in locis ſita ſunt, ad latus Eccleſiarum, olim vero media conſtituebantur inter Eccleſiam et veſtibulum, vel etiam ad utrumque latus templi. EUSEBIUS *Lib. X. Hiſtor. Eccleſ.* cap. 4. BEDA *Hiſtor. Anglor.* Lib. II. c. 3. *Porticus* iſt alſo das, was man jetzt den Creuzgang oder die Halle zu nennen pflegt.

32) Ad cap. 1. X. de ſepultur. not. 63. ſeiner Ausgabe des Corp. iuris canon. Tom. II. pag. 510.

33) *Cap. 1. X. de Sepulturis.* Einen grundgelehrten Commentar über dieſen Text giebt GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Tom. III. pag. 534. ſeqq.

zweifeln, in welcher es ausdrücklich heißt: Nos inſtituta maiorum patrum conſiderantes, ſtatuimus, unumquemque in maiorum ſuorum ſepulcris iacere, ut patriarcharum exitus docet. *Nulli tamen negamus, propriam eligere ſepulturam, et etiam alienam.* — Sed quia dignus eſt operarius mercede ſua, tertiam partem ſui iudicii illi eccleſiae dari cenſemus, in qua caeleſti pabulo refici conſuevit, ut iuxta Apoſtolum ſint conſolationum ſocii, ut fuerunt paſſionum; et ſic demum, *ubicunque libitum fuerit*, eligat ſepulturam. Allein ſchon im zwölften Jahrhundert war es allgemein verboten, ſich an einem ungeweihten Orte eine Grabſtätte zu errichten, und die Beerdigung der Todten auf den dazu beſtimmten Kirchhöfen war nun zur rechtlichen Nothwendigkeit geworden [34]. Man ſieht dies ganz deutlich aus folgender Verordnung [35] des Pabſtes Innocenz II. an den Erzbiſchoff von Genua: Fraternitatem tuam non credimus ignorare, mortuorum ſepulcra et coemeteria apud illas eccleſias et monaſteria ex antiquo eſſe diſpoſita, in quibus religioſorum fratrum conventus ſunt conſtituti, et orationes atque miſſarum ſolemnia, tam pro vivis, quam pro defunctis, frequentius celebrantur. Unde ipſorum devotioni et extremae voluntati, qui apud huiusmodi eccleſias ſepeliri deſiderant, minime contradicendum eſt.

34) S. BOEHMER ad cap. 3. X. de Sepult. not. 81. Tom. II. Corpor. iuris canon. pag. 511.

35) *Cap. 3. X. de Sepultur.* In der Inſcription deſſelben wird zwar Pabſt Innocenz III. genennt. Allein daß es nicht dieſem, ſondern dem P. Innocenz II. zuzueignen ſey, hat GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad h. cap. Tom. III. pag. 541. außer allem Zweifel geſetzt.

eſt. *Qui vero, relictis antiquis eccleſiis, et patrum, aliorumque parentum ſuorum ſepulcris,* contra conſuetudinem patrum veteris teſtamenti, qui cum patribus ſuis ſepulti eſſe leguntur, *ad nova et minus religiosa loca ſe transferunt, irrationabiliter et contra antiquam inſtitutionem facere videntur.* Darin weicht nun aber vorzüglich das canoniſche Recht von dem römiſchen ab, daß die bloße Beyſetzung der Todten nicht mehr für hinreichend gehalten wird, eine Religioſität des Orts zu bewirken [36]). Dieſe Eigenſchaft giebt ihm erſt die biſchöfliche Benediction [37]). Schon **Gregorius Turonenſis** [38]) gedenkt der ſacerdotalis benedictio ausdrücklich als eines nothwendigen Erforderniſſes chriſtlicher Beerdigungsplätze; und dieſer Gebrauch findet noch heutzutage bey den Katholiken Statt. *Hodie*, ſagt **van Espen** [39]), *apud Catholicos locus non efficitur religioſus per ipſam corporis humani inhumationem, ſed preces et benedictiones ſacerdotales prius religioſus redditur, et benedicitur, ut in illum corpora Catholicorum inferantur. Unde ut coemeterium corporibus Chriſtianorum humandis deſerviat, prius in locum religioſum per Epiſcopum ſolemni ritu erigendum et conſecrandum eſt.* Daher iſt zu erklären, warum die Coemeteria nach dem canoniſchen Rechte zu den geiſtlichen Sachen gezählt werden, welche unter der geiſtlichen Gerichtsbarkeit des Biſchoffs ſtehen, und

36) *van* ESPEN in iure eccleſ. univ. a. a. O. §. 17. u. 18. hat dieſen Unterſchied gleichfalls bemerkt.

37) *Cap. 4. X. de relig. domib. Cap. 7. X. de conſecrat. eccleſ.*

38) De gloria Confeſſorum cap. 106.

39) Cit. loc. P. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 18. et 19. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Inſtitut iurisprud. eccleſ. P. III. §. 437.

und ohne biſchöffliche Auctorität nicht errichtet werden können [40]. Bey den Proteſtanten findet zwar jene Ceremonie der Benediction nicht Statt, daher können die Gottesäcker eigentlich nicht mehr als res religioſae angeſehen werden, ſondern ſie ſind an ſich res univerſitatis, an welchen alle Mitglieder der Gemeinde, für welche der Gottesacker beſtimmt iſt, ein gleiches Recht haben. Es ſollten alſo auch die Grundſätze des canoniſchen Rechts bey uns wegfallen, ſofern nicht etwa die Kirchhöfe als acceſſoria templi zu betrachten ſind. Dies behaupten auch Stryk [41]), Böhmer [42]), und Hellfeld. Allein die gemeine Praxis lehrt, daß die Grundſätze des Canoniſchen Rechts in Rückſicht der Begräbnißplätze bey den Proteſtanten in der Regel noch zur Anwendung gebracht werden [43]). Wenn daher ein neuer Todenacker angelegt werden ſoll, ſo ſind drey Puncte zu unterſcheiden. 1) Die Erlaubniß, denſelben anzulegen. Dieſe muß der Landesherr ertheilen. Denn die Anlegung ſo wie die Verlegung der Gottesäcker gehört zur Landespolicey [44]). 2) Die Fundation. Dieſe muß auf Koſten der Gemeinheit geſchehen, und 3) die Einrichtung und Beſtimmung des Platzes zu einem Gottesacker. Dieſe

40) *Cap. 13. X. de ſepultur. Cap. 2. de immunitate eccleſ. in 6.*

41) Uſ. mod. Pand. h. t. §. 11.

42) Iur. eccles. Proteſtant. Lib. III. Tit. 28. §. 12. ſq.

43) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 602 et 603. und *Mich. Gott.* WERNHER Lectiſſ. commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

44) S. Moſer von der Landeshoheit in Policeyſachen Kap. 4. §. 2. u. 13. und Böhmers auserleſene Rechtsfälle 2. Band 2. Abth. Reſp. 157. Nr. 5. ff. Daher hat jetzt kein Privatmann das Recht ſich ein Grabmal auf ſeinem Grund und Boden ohne ſpecielle Erlaubniß des Landesherrn zu errichten. S. Hagemanns Handbuch des Landwirthſchaftsrechts §. 92.

Dieſe gehört zu den Rechten der Conſiſtorien[45]). Fehlt es an einem dazu ſchicklichen Platze, ſo kann auch wohl ein Mitglied der Gemeinheit ein dazu dienliches Grundſtück für einen billigen Preis zu verkaufen genöthiget werden[46]). Ein Kirchenpatron iſt ohne landesherrliche Genehmigung einen Gottesacker anzulegen nicht befugt[47]).

## §. 768.

### Verſchiedene Arten der Begräbniſſe, und deren Rechte.

Der Kirchhof oder Gottesacker iſt nun alſo jetzt allgemein der zu Begräbniſſen chriſtlicher Leichname unter öffentlicher Auctorität beſtimmte Platz. Im Ganzen iſt er ein Eigenthum der Gemeinheit, zu deren Gebrauch er beſtimmt, und auf deren Koſten er angelegt iſt. Jedes Mitglied der Gemeinde hat aber das Recht, zu verlangen, daß es auf dem gemeinſchaftlichen Kirchhofe unentgeldlich begra-

45) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. cit. §. 603. Schnauberts Grundſätze des Kirchenrechts der Proteſtanten in Deutſchland §. 296. Schröters vermiſchte juriſt. Abhandlungen zur Erläuterung des deutſchen Privat- Kirchen- und Peinl. Rechts 1. B. S. 390. und Wieſe Handbuch des gemeinen in Deutſchland üblichen Kirchenrechts 3 Th. 1. Abth. §. 444. S. 551. Man ſehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

46) S. CARPZOV Iurisprud. eccleſ. Lib. II. Tit. 24. Definit. 388. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 74. not. α. und Hagemanns Handbuch des Landwirthſchaftsrechts §. 92. S. 152.

47) S. Schröter a. a. O. S. 390. und STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 12.

begraben werde[48]). Jedoch können auch einzelne Mitglieder das ausſchließliche Recht auf eine gewiſſe Stätte des gemeinſchaftlichen Gottesackers vermöge eines beſondern Titels erwerben. Daher ſind die Grabſtätten auf den Gottesäckern von zweierley Art, gemeinſame (*ſepulcra communia*) worauf jedes Mitglied der Gemeinheit iure univerſitatis Anſpruch hat, und eigene, (*ſepulcra propria*) worauf Jemandem vermöge eines beſondern Titels ein ausſchließliches Recht zuſteht; und letztere können wieder entweder perſönliche oder Erbbegräbniſſe ſeyn, je nachdem das Recht blos auf die Perſon des Erwerbers eingeſchränkt iſt, oder auch auf die Erben übergeht[49]). Eigene oder Privatgrabſtätten ſind alſo Ausnahmen von der Regel, und müſſen vermöge eines beſondern Titels erworben werden[50]). Eine ſolche Erwerbung kann entweder gleich durch die erſte Fundation der Kirche oder des Kirchhofs, oder auch nachher durch Kauf, Vermächtniß, oder aus andern beſondern Rechtsgründen geſchehen. Auch die Erwerbung durch Verjährung iſt heut zu Tage bey Begräbniſſen nicht auszuſchließen[51]). Soviel inſonderheit

48) *Cap. 13. X. de Sepultur. Guil. Hier.* BRÜCKNER Diſſ. de ſepultura gratis concedenda *Ienae 1713.* §. 19.

49) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. cit. §. 604. a. E. Schnaubert in den angef. Grundſ. des proteſt. Kirchenrechts §. 297.

50) S. Wieſe im angef. Handbuch im 2. Th. §. 310. S. 755.

51) *L. 4. D. de mortuo inf.* ſagt zwar: Longa poſſeſſio ius ſepulchri non tribuit, cui iure non competit. Allein es bezieht ſich dies auf den Grundſatz des Röm. Rechts, daß Grabſtätten, als religiöſe Sachen, weder an ſich der Verjährung unterworfen waren, noch auch eine Servitut darauf erworben werden konnte. *§. 1. I. de uſucap. L. 4. D. Commun. praedior.* S. *Iac.* GUTHE-

heit die Erbbegräbniſſe anbetrifft, ſo gehen dieſelben entweder auf alle und jede Erben über, und dann werden ſie Erbbegräbniſſe im eigentlichen Verſtande (*ſepulchra hereditaria in ſpecie*) genennt; oder ſie ſind blos auf gewiſſe Familien eingeſchränkt; hier werden ſie Familienbegräbniſſe (*ſepulchra familiaria*) genennt. Auch in dem Römiſchen Recht kommt dieſe Eintheilung vor[52]. Cajus ſagt *L.* 5. *D. h. t.*

*Familiaria ſepulchra* dicuntur, quae quis ſibi familiaeque ſuae conſtituit. *Hereditaria* autem, quae quis ſibi heredibusque ſuis conſtituit.

Der Unterſchied zwiſchen beyden beſteht darin. An Erbbegräbniſſen hat jeder Erbe, ohne Rückſicht auf Verwandſchaft, Antheil, alſo die Teſtamentserben ſo gut, als die Inteſtaterben. Es macht auch keinen Unterſchied, ob ſie zu gleichen oder ungleichen Theilen erben. Kinder behalten jedoch ihr Recht an der väterlichen Erbſtätte, ſie mögen Erben geworden ſeyn, oder nicht; ſogar den enterbten Kindern verbleibt es, wenn anders der Vater nicht aus einem gerechten Haß ausdrücklich verboten hätte, daß ſie in ſeinem Erbbegräbniß beygeſetzt werden ſollen. Es iſt dies blos aus Gründen der Billigkeit ſo verordnet, denn dem Begriff eines Erbbegräbniſſes iſt dies freylich

 nicht

THERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 11. und *Io.* WUNDERLICH lib. ſing. de uſu inſcriptionum Rom. vet. maxime ſepulchralium (*Quedlimb.* 1750.) Obſ. III. §. 3. pag. 116. Es iſt daher heut zu Tage davon kein Gebrauch zu machen. S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 33.

52) S. *B.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. cap. 14.

nicht gemäß, wie **Ulpian** ſelbſt in folgender Stelle bemerkt hat.

*L. 6. D h. t.* Vel quod paterfamilias iure hereditario adquiſiit. Sed in utroque heredibus quidem, caeterisque ſucceſſoribus, qualescunque fuerint, licet ſepeliri, et mortuum inferre: etiamſi ex minima parte heredes ex teſtamento vel ab inteſtato ſint: licet non conſentiant alii. Liberis autem cuiuscunque ſexus, vel gradus etiam filiisfamilias, et emancipatis, idem ius conceſſum eſt: ſive extiterint heredes, ſive ſeſe abſtineant *Exheredatis* autem, niſi ſpecialiter teſtator iuſto odio commotus eos vetuerit, *humanitatis gratia* tantum ſepeliri, non etiam alios, praeter ſuam poſteritatem, inferre licet.

Auf den Fideicommiſſar geht jedoch das Erbbegräbniß des Verſtorbenen nicht über, wenn ihm auch die ganze Erbſchaft reſtituirt worden iſt, ſondern es bleibt bey dem directen Erben [53]). Der prätoriſche Erbe hingegen nimmt daran Antheil [54]).

Familienbegräbniſſe unterſcheiden ſich nach dem römiſchen Rechte bloß darin von den Erbbegräbniſſen, daß alle diejenigen ein Recht daran haben, welche zur Familie des Erwerbers oder Stifters gehören, wenn ſie gleich nicht Erben geworden ſind. Sie erfordern alſo, außer der Eigenſchaft eines Familiengliedes, nicht zugleich die Eigenſchaft eines Erben

53) *L. 42. §. 1. D. ad SCtum Trebell.* STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 29.

54) *L. 36. D. de bonis libertor.* S. *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 10. pag. 471.

Erben [55]). Darin aber kommen ſie mit den Erbbegräbniſſen überein, daß ſolche auch auf Fremde übergehen können, wenn ſie nämlich von dem Stifter des Begräbniſſes zu Erben eingeſetzt worden ſind. Es erhellet dies vorzüglich aus der *L.* 13. *Cod. h. t.* wo es heißt:

Ius ſepulchri tam *familiaris*, quam *hereditarii*, ad *extraneos* etiam *heredes*, familiaris autem *ad familiam, etiam ſi nullus ex ea heres ſit*, non etiam ad alium quemquam, *qui non eſt heres*, pertinere poteſt.

Nach dem beſondern Begriff, den die Römer mit dem Wort *Familia* verknüpften [56]), waren jedoch die Cognaten, wenn ſie nicht zu Erben eingeſetzt worden, von den Familienbegräbniſſen ausgeſchloſſen, wie aus folgender Verordnung des Kaiſers Philippus zu erſehen iſt.

*L.* 8. *C. h. t.* Ius familiarium ſepulchrorum ad affines ſeu *proximos cognatos*, non heredes inſtitutos, minime pertinet.

Heutzutage kommt es auf die Beſtimmung des Stifters an, ob an dem Familienbegräbniß bloß diejenigen ein Recht haben ſollen, welche mit dem Stifter eines Stammes und Namens ſind, oder alle, die von ihm abſtammen, es ſey durch Manns- oder Frauensperſonen. Im erſten Falle werden ſolche Begräbniſſe **Stamm- oder Geſchlechtsbegräbniſſe** genennt [57]). Dieſe fallen als-

 dann

55) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 567. u. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 265.

56) *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Significat.*

57) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 24.—27. und BOEHMERI ius parochiale Sect. II. cap. 2. §. 15.

dann mit dem Erlöſchen der Familie an die Kirche zurück [58]).

## §. 769.

### Auf welchem Gottesacker iſt Jeder zu begraben? Was iſt Rechtens, wenn ein Verſtorbener anderswohin gebracht werden ſoll?

Seitdem nun Kirchhöfe und Todtenäcker eingeführt ſind, iſt es Regel geworden, daß Jeder auf dem Kirchhofe derjenigen Parochie begraben werden muß, wo er geſtorben iſt [59]). Es gilt dies auch von Fremden, welche innerhalb den Gränzen einer Parochie verſterben [60]). Hat jedoch der Verſtorbene anderswo ein eigenes Begräbniß, ſo kann zwar ſein Leichnam dahin gebracht werden, es müſſen jedoch dem Pfarrer und der Pfarrkirche, in deren Gränzen er geſtorben iſt, die Funeralien entrichtet werden [61]). Wir finden in dem Römiſchen Rechte Beyſpiele, daß die Teſtatoren zuweilen ihre Erben in beſondern Codicillen gebeten haben, dafür zu ſorgen, daß wenn ſie etwa auf Reiſen ſterben ſollten, ihr Körper in ihre Heimath gebracht, und in ih-

58) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthſchaftsrechts. §. 92. a. E. S. 153.

59) *Cap.* 1. 8. *et* 10. *X. de Sepultur. Cap.* 2. *eodem in VI. et Clem.* 2. *de Sepult.*

60) *Cap.* 3. *de Sepultur. in VI. Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 607.

61) S. Schnauberts Grundſätze des Kirchenrechts §. 299. und *Xav.* GMEINERI Inſtitutiones iuris eccleſ. Tom. II. §. 430. in Schol. (Edit. IV. *Graecii 1808.*)

ihrem Erbbegräbniſſe beygeſetzt werde [62]). Jedoch darf ein ſolches Wegbringen einer Leiche an einen andern Ort nicht ohne Vorwiſſen und Erlaubniß der Obrigkeit des Orts geſchehen, wo ſie abgeſchieden iſt. Schon das römiſche Recht verordnet dies ausdrücklich. Ulpian ſagt *L.* 3. §. 4. *D. de ſepulchro violato.*

Divus autem *Marcus* reſcripſit: Nullam poenam meruiſſe eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: *quamvis talia fieri ſine permiſſu eorum, quibus permittendi ius eſt, non debeant* [63]).

 Bey

62) *L. 30. §. 2. D. de adim. et transf. legat. L. 112. §. 2. D. de condit. et demonſtrat. L. 14. §. 4. D. de relig.* Hierher gehört auch noch vorzüglich die Stelle aus OVIDII *Faſtis Lib. V. v. 653.* ſq.

*Saepe tamen patriae dulci tanguntur amore,*
*Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus:*
*Mittite me Tiberi, Tiberinis vectus ut undis,*
*Littus ad Inachium pulvis inanis eam.*

Man ſehe hier vorzüglich KIRCHMANN de funeribus Romanor. Lib. III. cap. 25.

63) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Theodoſ. de Sepulchris violat. (Tom. III. Lib. IX. Tit. 17. pag. 172. der Ritterſchen Ausgabe). *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 263. und *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotid. Lib. III. cap. 6. wollen zwar dieſes Geſetz blos auf den Fall einſchränken, wenn ein ſchon beygeſetzter Leichnam wieder aus dem Begräbniß genommen, und anderswohin gebracht werden ſoll. Außerdem ſey die obrigkeitliche Erlaubniß nicht nöthig. Allein daß dieſe Erklärung unrichtig, und den Worten zuwider ſey, hat *Chriſtph. Lud.* CRELL in Diſſ. de translatione mortuorum per territorium alienum, ad L. 3. §. 4. D. de ſepulchro viol. *Vitembergae* 1734. §. 9. ganz überzeugend dargethan. Die von erſtern entge-

Bey den Römern wurde anfangs die Einwilligung der Pontificum erfordert, zu deren Reſſort überhaupt die Begräbnißſachen gehörten[64]). Die bloße Auctorität des Senats war nicht hinreichend[65]). Nur die Proconſuln nahmen ſich die Freyheit heraus, dergleichen Erlaubniß zur Translation für ſich zu ertheilen[66]). In der Folge wurde dieſe Erlaubniß bey den Kaiſern geſucht, welche dieſe in der Eigenſchaft, als Pontifices Maximi, zu geben pflegten[67]). Auch heut zu Tage wird dies zum Reſſort der

gegengeſetzte *L. 10. C. de Relig.* will nur ſoviel ſagen, daß die Erlaubniß der Translation, wenn darum gehörig nachgeſucht worden, nicht leicht verſagt zu werden pflege.

64) *L. 8. pr. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de mortuo infer. L. 50. D. de hereditat. petit.* PLINIUS *Lib. X. Epiſt. 69.* GRUTERUS Inſcription. f. 578. nr. I. S. *Hug.* GROTII Florum Sparſio ad ius Iuſtinian. pag. 105.

65) Man vergleiche TACITUS *Annal.* Lib. IV. cap. 44. mit DIO CASSIUS *Lib. XLVIII.* pag. 445. edit. *Steph.*

66) PLINIUS *Lib. X. Epiſt. 69. et 70. L. 1. Cod. de Religioſ.*

67) GRUTERI Inſcript. fol. 607. nr. 1. enthalten ein Beyſpiel einer darauf ſich beziehenden Supplic: *Rogo, Domine, permittas mihi, in marmoreo ſarcophago, quem mihi comparavi, ea corpora, quae, preſſus neceſſitate, fictili ſarcophago commendavi, colligere, ut, quando ego eſſe deſinam, pariter cum eis ponar.* Die darauf ertheilte Subnotation lautet ſo: FERETRUM, d. h. lectum, in quo mortui transferebantur, wie es VARRO de Lingua Latina Lib. IV. pag. 40. erklärt, FIERI PLACET. Man ſehe auch TACITI *Annales* XIV. 12. Vorzüglich gehört jedoch hierher *L. 14. Cod. de Religioſis.* Wo es heißt: Nemo humanum corpus ad alium locum *ſine Auguſti affatibus* transferat. In der *L. 7. Cod. Theodos. de ſepulchris violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) woraus die *L. 14. cit.* genommen iſt, ſteht zwar, ſtatt humanum,

der geiſtlichen Obrigkeit gezählt[68]). Die Auctorität der Policeybehörde wird nur aus beſondern Gründen: z. B. wenn ein Tumult zu befürchten, oder wenn ſich ein Verdacht eines etwa verübten Verbrechens offenbaret, erfordert[69]). Man behauptet auch heut zu Tage allgemein, daß die Durchfuhr der Leichen in jedem Jurisdictionsdiſtrict, durch welchen ſie paſſirt, der Criminalbehörde angezeigt werden müſſe[70]). Allein aus der *L.* 3. §. 4. *D. de ſepulcro violato*, worauf ſich alle berufen, läßt ſich dies nicht erweiſen. Es erhellet vielmehr daraus, daß der Durchpaß der Leiche von keinem Magiſtrat gehindert, noch die Leiche angehalten werden darf[71]). Es heißt nämlich daſelbſt ausdrücklich:

Edicto D. Severi mandatur: *Ne corpora detinerentur, aut vexarentur, aut probiberentur, per territoria oppidorum transferri.*

Nur

num, *humatum*; und *Iac.* GOTOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. III. pag. 172. hält daher das *humanum* für einen Irrthum. Allein es iſt dies wohl unſtreitig eine abſichtliche Interpolation des Tribonians, wie die ebenfalls in Cod. Theodos. fehlenden Worte: *ſine Auguſti affatibus.*

68) S. CRELL cit. Diſſ. §. 12.

69) CRELL c. l. pag. 33.

70) S. STRYK Uſ. mod. Pandect. h. t. §. 20. *de* BERGER Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. 1. Th. 3. not. 9. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. IV. §. 70. not. y. Andere meinen, die Anzeige müſſe in jedem Territorium, durch welchen die Leiche geführt wird, der geiſtlichen Obrigkeit geſchehen. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

71) Man ſehe CRELL cit. Diſſ. §. 13.

Nur wenn die Leiche durch ein fremdes Territorium geführt wird, iſt die Anzeige bey der Ortsbehörde nöthig [72]).

Ehemals mußte für die Durchfuhr der Leiche ein Zoll abgegeben werden. Daher rechnet Macer *L. 37. pr. D. h. t.* die *vectigalia* [73]) unter die Begräbnißkoſten. Allein

72) S. CRELL cit. Diſſ. §. 13. in fine.

73) Einige wollen zwar die Worte der *L. 37. cit.* et ſi qua *vectigalia* ſunt, für eine fehlerhafte Leſeart halten, und daher, ſtatt vectigalia, lieber *veſtiaria* leſen. So haben z. B. Haloander und Baudoza; auch verſchiedene Handſchriften, wovon Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe des *Corp. iur.* ad h. L. Beyſpiele anführt. Ich kann denſelben noch unſern Erlanger Pandecten-Codex beyfügen, welcher auch *veſtiaria* lieſet. Allein ſo ſehr *Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. c. 36. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1512.) und LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 10. dieſe Leſeart vertheidigen; mit ſo vollkommenen Grunde verwirft ſie *Iac.* CUJACIUS Obſervat. Lib. V. cap. 40. Cujaz beruft ſich zwar auf die *Baſilica Lib. 59.* und citirt daraus die Worte: *καὶ τὸ τέλος, καὶ ἡ σορὸς, καὶ ἡ ςολή.* Allein, was er für ein Exemplar von den Baſiliken gehabt haben müſſe, iſt mir unbekannt. In der Fabrotiſchen Ausgabe fehlt wenigſtens die *L. 37.* Deſſen ungeachtet vertheidigen die florentiniſche Leſeart mit Recht *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptarum Lection. iuris civ. (*Trajecti ad Rhen. 1737. 8.*) p. 120. ſq. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. XXXIV. §. 8. und *Iac.* VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. c. VIII. pag. 168. Sie ſtimmt theils mit den nachfolgenden Worten: *vel ſarcophagi, et vectura* beſſer überein. Denn *vectura* iſt hier ſoviel als merces pro loco ad λείψανα transferenda in navi conducto, wie es *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ſ. Obſervation. var. ad Pandect. ad Lib. XI. §. 5. in fin. ganz richtig er-

lein auch dieſe Abgabe iſt in der Folge aufgehoben worden[74]), damit der Transport durch nichts gehindert, und aufgehalten werden möchte. Auch heut zu Tage kann dafür nichts gefordert werden, und auch den Geiſtlichen, durch deren Parochien die Leiche geführt wird, gebühren mit Recht keine Funeralien[75]).

## §. 770.

### Begräbnißact, und deſſen verſchiedene Art.

Die Beerdigung wird nach dem heutigen Kirchenrecht ſowohl der Katholiken als Proteſtanten als eine religiöſe Handlung betrachtet, welche in der durch die Kirchengeſetze und Gewohnheiten vorgeſchriebenen Form zu vollziehen iſt. Ein ſolches Leichenbegängniß, wobey dieſe liturgiſche Form beobachtet wird, nennt man ein ehrliches, chriſtliches, oder kirchliches Begräbniß (*Sepultura honeſta, chriſtiana, ſ. eccleſiaſtica*). Man erfordert dazu zweyerley;

1) daß

erklärt; theils iſt es auch bekannt, daß ehemals für die Durchfuhr der Leichen Zoll gegeben werden mußte, wie aus *L. ult. C. h. t.* erhellet. *Vectigal* iſt alſo hier ſoviel, als portorium, quod in via et pontibus pendebatur pro transitu. SENECA *de conſtant. Sapientis* c. 14. SUETON. in *Vitellio* c. 14. *L. 60. §. 8. D. Locati. L. 21. D. de donat. inter vir. et uxor.* S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 267.

74) *L. ult. Cod. h. t.* Dieſe Conſtitution, welche in den gloſſirten Ausgaben fehlt, hat Cujaz Lib. XI. Obſervat. c. 21. aus den Baſiliken reſtituirt. Nach der lateiniſchen Ueberſetzung lautet ſie ſo: *In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua perſona pro corporibus ex uno in alium locum translatis praeſtetur.*

75) S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

1) daß das Begräbniß an einem anſtändigen Orte geſchehe; und zwar in der Regel auf dem Kirchhofe, ſofern nicht Jemand vermöge eines Vorrechts oder einer beſondern Conceſſion in der Kirche ſelbſt begraben zu werden verlangen kann [76]). 2) Daß die Leiche zum Begräbniß begleitet werde, (*honor ſepulturae* [77]). Ein ſolches Begräbniß dürfen die in Deutſchland gebilligten chriſtlichen Religionspartheyen einander auf ihren Gottesäckern nicht verſagen, wenn ſie gleich von verſchiedener Religion ſind [78]), und es wird wenigſtens bey den Proteſtanten auch den ungetauft verſtorbenen Kindern geſtattet [79]). Man theilt das chriſtliche Begräbniß wieder in ein feyerliches, (*ſepultura ſolemnis*) und ein ſtilles, oder nichtfeyerliches (*ſepultura minus ſolennis*) ein, je nachdem es entweder mit allen nach Anordnung der Liturgie feſtgeſetzten Feyerlichkeiten vollzogen wird, oder nicht. Zu jenem gehört die Begleitung der Geiſtlichkeit und der Schule unter öffentlichem Geſange, das Vortragen des Kreuzes, Geläute der Glocken, Haltung einer Trauerrede, Trauermuſik u. dergl. [80]). Es hat jedoch auch

76) In dem Canoniſchen Rechte wird dieſer Vorzug nur den Regenten, den Geiſtlichen, den Patronen und andern beſondern Wohlthätern der Kirche zugeſtanden. *Can. 13. 16. 18. C. XIII. Qu. 2. Fr. de* ROYE de iure honorifico in eccleſia. Lib. I. c. 9.

77) *Iuſt. Hen.* BOEHMER iur. eccleſ. Proteſtant. Lib. III. Tit. 28. §. 21. n. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 605.

78) *Weſtph. Fr. Art. V.* §. 35. Schnauberts Grundſätze des Kirchenrechts §. 300.

79) BOEHMERI ius eccleſ. Proteſt. c. I. §. 47. et G. L. BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 605.

80) Von den Solemnien katholiſcher Leichenbegängniſſe handeln *Xav.* GMEINER Inſtitut. iur. eccleſ. Tom. II. §. 431. und *Paul Ioſ. a* RIEGGER Inſtitut. iurisprud. eccleſ. P. III. §. 434.

auch ſelbſt das feyerliche Begräbniß nach dem Stande des Verſtorbenen ſeine verſchiedenen Grade, welche nach der Obſervanz eines jeden Orts zu beurtheilen ſind [81]). Dem Pfarrer liegt übrigens bey der Beerdigung ſeiner Parochianen die Sorge für die Beobachtung der liturgiſchen Form ob, wofür er ſeine Gebühren oder Funeralien erhält [82]).

Dem kirchlichen Begräbniß wird das unehrbare (*ſepultura inhoneſta*) entgegengeſetzt, welches zur Strafe ohne die kirchliche Form an einem von dem Kirchhofe abgeſonderten Orte geſchieht. Das kanoniſche Recht beſtimmt eine große Anzahl von Fällen, in welchen Jemand des kirchlichen Begräbniſſes auf geweiheten Gottesäckern beraubt ſeyn ſoll [83]). Allein dieſe Verordnungen werden bey den Proteſtanten nicht durchgehends in Anwendung gebracht [84]). Der äuſſerſte Grad des unehrbaren Begräbniſſes iſt das ſogenannte Eſelsbegräbniß (*ſepultura aſinina*), welches darin

81) S. Wieſe Handbuch des Kirchenrechts 3. Th. §. 416. S. 371.

82) *Cap.* 5. *X. de ſepultur. Clem.* 2. *eodem. Cap.* 42. *X. de Simonia. Ge. Lud* BOEHMER Princip. iur canon. §. 607.

83) Es werden dahin alle Nichtgetaufte und Ketzer, alle mit dem Kirchenbann belegte, und nicht vor ihrem Tode abſolvirte, alle Selbſtmörder, und die im Duell geblieben ſind, desgleichen alle, die ſich des Verbrechens der Zinswuchereyy ſchuldig gemacht haben u. d. m. gerechnet. *Cap.* 27. *et* 28. *Diſt.* 1. *de Conſecrat. Cap.* 8. *et* 13. *X. de heret. Cap.* 2. *eodem in 6to. Cap.* 1. *X. de torneament. Cap.* 11. *et* 12. *X de ſepultur. Cap.* 28. *X. de ſentent. excommunic. Can.* 12. *C. XXIII. Qu.* 5. *Cap.* 3. *X. de Uſur. Cap.* 2. *eodem in 6to.* S. GMEINER Inſtitut. iur. eccleſ. Tom. II. §. 432.

84) *I. H.* BOEHMERI ius eccleſ Proteſt. Lib. III. Tit. 28. §. 40. — §. 55. und Schnaubert Grundſätze des Kirchenrechts §. 298.

darin beſteht, wenn der Körper eines Menſchen, wie der eines Viehes, von dem Schinder weggeſchleppt, und unter dem Galgen oder auf dem Schindanger eingeſcharrt wird. Dieſes ſetzt ein begangenes ſchweres Verbrechen voraus, und iſt ein Gegenſtand der Criminaljurisdiction [85]).

## §. 771.

### Von Begräbnißkoſten. I. Wer trägt ſie?

Das Begräbniß erfordert nun mancherley Koſten. Dieſe müſſen in der Regel aus dem Vermögen des Verſtorbenen beſtritten werden. Daher ſagt **Ulpian** [86]): De ſuo expedit mortuos funerari. Die Geſetze betrachten in dieſer Hinſicht den Vorſchuß zu den Begräbnißkoſten als eine auf der Verlaſſenſchaft haftende Schuld, für welche die Verlaſſenſchaftsmaſſe ſelbſt haftet, wenn gleich kein Erbe exiſtirt [87]). Wenn daher eine Ehefrau verſtirbt, ſo muß ſie aus ihrem eingebrachten Vermögen und Heyrathsgute begraben werden. Wer alſo das Heyrathsgut lucrirt, muß dieſe Koſten tragen. Hat der Ehemann ſie vorgeſchoſſen, ſo iſt er ſolche bey der Reſtitution des Heyrathsgutes von den zurückzuzahlenden Illaten abzuziehen berechtiget. Denn dieſer Koſtenaufwand wird als eine Schuld des Heyrathsgutes angeſehen.

L. 16.

85) S. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 608. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutſchen peinl. Rechts. 1. Th. §. 76. S. 168. Not. g.

86) *L. 14. §. 13. D. h. t.*

87) *L. 1. L. 18. D. h. t. L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. eodem. L. 45. D. eodem.*

*L.* 16. *D. h. t.* In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat Praetor funerariam actionem: *aequiſſimum enim viſum eſt veteribus*, *mulieres*, *quaſi de patrimoniis ſuis*, *ita de dotibus funerari*: et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, ſive pater mulieris eſt, ſive maritus.

*L.* 17. *D. eodem.* Sed ſi nondum pater dotem receperaverit, vir ſolus convenietur, *reputaturus patri*, *quod eo nomine praeſtiterit.*

*L.* 18. Impenſa enim funeris *aes alienum dotis* eſt.

L. 19. *eod.* Ideoque etiam dos ſentire hoc aes alienum debet.

*L.* 20. *§.* 2. *D. eod.* Cum materfamilias decedit, nec eſt eius ſolvendo hereditas, *funerari eam ex dote tantum oportet:* et ita CELSUS ſcribit.

Hat die Ehefrau auſſer dem Heyrathsgute noch anderes Vermögen hinterlaſſen, und beydes fällt an verſchiedene Perſonen, z. B. das Heyrathsgut vermöge der Eheverträge an den Mann, das übrige Vermögen an die Erben der Frau, ſo tragen beyde die Koſten nach dem Verhältniß deſſen, was ſie aus dem Nachlaß der Frau erhalten haben.

*L.* 22. *D. eod.* CELSUS ſcribit: Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et caeteris mulieris bonis, pro portione funeranda eſt.

*L.* 23. Veluti ſi in dote centum ſint, in hereditate ducenta: duas partes heres, unam vir conferet.

Jedoch iſt das Verhältniß dergeſtalt zu beſtimmen, daß der Erbe, als Erbe, die Vermächtniſſe und übrigen Schul-

Schulden allein übernehmen muß, damit nicht durch Abzug derſelben die Erbſchaft zum Nachtheil des Mannes vermindert, und dieſer dadurch in Rückſicht ſeines Antheils zum Koſtenbeytrag zur Ungebühr beläſtiget werde, zumal der Vorſchuß der Begräbnißkoſten allen andern Schulden vorgeht [88]).

*L.* 24. *D. h. t.* IULIANUS ſcribit, *non deductis legatis.*

*L.* 26. *D. eodem.* Nec aere alieno deducto.

*L.* 27. *pr. D. eod.* Sic pro rata et maritum et heredem conferre in funus oportet.

Auf gleiche Weiſe können auch Eltern die auf das Begräbniß ihrer Kinder verwandten Koſten zurückfordern, wenn dieſe eigenes Vermögen hinterlaſſen [89]), und die Eltern tragen ſie als Miterben nur pro rata.

*L.* 30. *D. h. t.* Contra quoque, quod pater in funus filiae impendit, aut alio agente ſecum funeratitia praeſtitit, ipſe actione de dote a marito recipit [90]). Sed

88) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. *ad L.* 24. *D. h. t.* und *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 17. pag. 510.

89) S. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 123. Nr. 6.

90) POTHIER in Pandect. Iuſtin. h. t. Nr. XLVII. not. e. erklärt dieſe Stelle von dem Falle, da der Vater ſeiner Tochter ein Heyrathsgut verſprochen, und mit ſeinem Schwiegerſohn die Uebereinkunft getroffen hat, daß ſolches nach dem Tode der Tochter demſelben verbleiben ſolle. Stirbt nun die Tochter, ehe noch das Heyrathsgut ausgezahlt war, ſo könne der Vater, wenn er wegen des verſprochenen Heyrathsgutes actione ex ſti-

Sed ſi emancipata in matrimonio decedat, collaturos heredes, bonorumve poſſeſſores, et patrem pro portione dotis, quam recipit, et virum pro portione dotis, quam lucratus eſt.

Hat der Verſtorbene kein Vermögen hinterlaſſen, oder das hinterlaſſene Vermögen iſt zur Beſtreitung der Beerdigungskoſten unzulänglich, ſo liegt zunächſt dem Vater die Verbindlichkeit ob, ſeine Kinder begraben zu laſſen; und zwar iſt kein Unterſchied, ſie ſeyen noch in väterlicher Gewalt oder nicht.

*L.* 21. *D. h. t.* In patrem, cuius in poteſtate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.

Wenn

ſtipulatu belangt wird, die Leichenkoſten abziehen, die er auf das Begräbniß ſeiner verſtorbenen Tochter verwendet hat. Allein Anton Faber in Rational. in Pandect. ad h. L. 30. ſetzt hier richtiger einen ſolchen Fall voraus, wo das Heyrathsgut der Tochter, welches der Vater beſtellet hatte (dos profectitia), nach dem Tode der erſtern wieder an den Vater zurückfiel. Hier geſchahe es nicht ſelten, daß eine terminliche Reſtitution (annua, bima, trima die. *L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act.*) ausbedungen wurde. Starb nun die Tochter in der Ehe, und der Vater hatte ſie begraben laſſen, oder ein Anderer hatte dieſes gethan, dem der Vater den Koſtenvorſchuß wieder erſetzen mußte; ſo brauchte der Vater den Termin nicht abzuwarten, ſondern er konnte gleich actione de dote darauf klagen, daß ihm der gemachte Koſtenaufwand aus dem Heyrathsgute der Tochter erſetzt werde. Dieſe Erklärung iſt unſtreitig den Worten angemeſſener, als jene des Pothier, nach welcher der Vater als Beklagter dargeſtellt wird, der doch nach den klaren Worten des Fragments offenbar als Kläger aufgeführt wird.

Wenn daher die verſtorbene Tochter verheyrathet war, aber keinen Brautſchatz gehabt, noch ſonſt Vermögen hinterlaſſen hat, ſo iſt nicht der Ehemann, ſondern der Vater, wenn dieſer vermögend iſt, die Begräbnißkoſten zu übernehmen ſchuldig.

*L.* 18 *D. h. t.* Quod ſi nulla dos eſſet, tunc omnem impenſam patrem praeſtare debere, ATILICINUS ait.

Auf jeden Fall bleibt immer der Vater die Koſten für die Beerdigung ſeiner Kinder in ſoweit zu tragen verbunden, als ſolche nicht aus dem nachgelaſſenen Vermögen derſelben beſtritten werden können.

*L.* 20. § 1. *D h. t.* Si maritus lucratur dotem, convenietur funeraria: *pater* autem non. Sed in hunc caſum puto, ſi dos, quia permodica fuit, in funus non ſufficit, *in ſuperfluum in patrem debere actionem dari.*

*L.* 31. *pr. D. eodem.* Si filiusfamilias miles ſit, et habeat caſtrenſe peculium: puto ſucceſſores eius ante teneri: *ſic deinde ad patrem venire.*

Ich bemerke hier nur zur Erläuterung der letzten Stelle, welche, ſo wie die erſtere, aus **Ulpians** *Lib.* 25. *ad Edictum* genommen iſt, daß wenn ein Sohn im Kriegsdienſt verſtarb, und ein peculium caſtrenſe hinterließ, zwey Fälle zu unterſcheiden waren. Er hatte entweder über das Peculium teſtirt, und darin, wie er konnte, mit Uebergehung des Vaters, einen Fremden zum Erben ernannt, oder er war ohne Teſtament verſtorben. Im erſten Falle fielen die Begräbnißkoſten zunächſt dem Erben zur Laſt, und der Vater war nur in ſoweit dieſelben zu über-

übernehmen verbunden, als ſie nicht aus der Erbſchaft allein beſtritten werden konnten. In dem letztern Falle hingegen fiel zu Ulpians Zeiten das peculium caſtrenſe an den Vater, welcher jedoch daſſelbe nicht iure hereditario, ſondern iure patriae poteſtatis, alſo nicht als Erbſchaft, ſondern als Peculium erhielt [91]). Der Vater mußte alſo hier die Koſten des Begräbniſſes in solidum tragen [92]).

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche muß der Vater auch ſeine unehlichen Kinder begraben laſſen [93]). Man leitet dieſe Verbindlichkeit daraus her, weil ſie der Vater in ihrem Leben zu ernähren ſchuldig war [94]). Jedoch wird hier nicht, wie bey legitimen Kindern, auf den Stand und Würde des Vaters Rückſicht genommen [95]).

Nach dem Vater iſt die wohlhabende Mutter, und nach derſelben ſind auch die Großältern von väterlicher und mütterlicher Linie zu den Beerdigungskoſten verpflichtet. Die Praxis richtet ſich hier nach eben der Ordnung, in welcher die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder eintritt [96]). Daher ſind auch gegenſeitig wohlhabende Kinder ihre arme Eltern auf ihre Koſten beerdigen zu laſſen verbunden [97]).



91) *L. 2. D. de caſtrenſi peculio.*

92) S. *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. 31. pr. D. h. t. pag. 600.

93) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 43.

94) S. *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

95) *L. 21. D. h. t.*

96) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 43.

97) STRYK c. l. §. 44. und *Gebh. Chriſt.* BASTINELLER Diſſ. de iure ſepulturarum. *Vitebergae 1730.* Cap. IV. §. 1.

Der Ehemann hingegen iſt nur dann die Koſten für die Beerdigung ſeiner verſtorbenen Frau zu übernehmen verbunden, wenn die leztere weder Vermögen hinterlaſſen hat, noch ihr Vater vermögend iſt, dieſen Koſtenaufwand zu beſtreiten; und dann kommt ihm doch immer auch die Wohlthat der Competenz zu ſtatten, wenn er von demjenigen, der den Koſtenvorſchuß gethan hat, auf Wiedererſtattung belangt wird, und er nicht alles bezahlen kann, ohne ſich ſelbſt den nöthigen Unterhalt zu entziehen [98]. **Pomponius** ſagt *L.* 28. *D. h. t.*

Quodſi nulla dos eſſet, tunc omnem impenſam patrem praeſtare debere, ATILICINUS ait: aut heredes eius mulieris, puta emancipatae. Quodſi neque heredes habeant, neque pater ſolvendo ſit, *maritum, in quantum facere poteſt*, *pro hoc conveniri*: ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius inſepultam relinqui.

Umgekehrt wendet man dies auch auf die Frau an, welche man für ſchuldig hält, ihren Mann begraben zu laſſen, wenn er weder ſelbſt Vermögen hinterlaſſen hat, noch ein vermögender Vater vorhanden iſt, der dieſe Koſten übernehmen könnte [99].

Außerdem ſtellt die Praxis den Grundſatz auf, daß derjenige, welcher dem Verſtorbenen die Alimente geben mußte,

98) WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. I. P. I. Obſ. 73. BERGER Reſolution. LLeg. obſtant. h. t. Q. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 4.

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 29. CARPZOV P. III. Conſtit. 25. Def. 7.

mußte, auch zur Beerdigung deſſelben verbunden ſey [100]). Man ſieht dieſen Aufwand gleichſam als die letzte Liebespflicht an, wozu der Ernährer des Verſtorbenen um ſo mehr verbunden ſey, weil er durch den Tod des Alimentars von der Laſt der Ernährung befreyet werde [1]). Allein in der Theorie iſt dieſes Princip nicht gegründet, wie ſchon von andern [2]) gezeigt worden iſt. Denn die Pflicht der Ernährung wird durch den Tod des Alimentars aufgehoben [3]). Wie kann alſo aus einer erloſchenen Verbindlichkeit die Verbindlichkeit zur Beerdigung hergeleitet werden, welche erſt nach dem Tode des Alimentars eintreten kann? Mehrere [4]) ſchränken daher jene Regel blos auf den Fall ein, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung aus geſetzlicher Vorſchrift (*ex proviſione legis*) entſpringt; wie z. B. bey Eltern, Kindern und Geſchwiſtern, desgleichen bey Ehegatten. Läugnen hingegen die Anwendbarkeit derſelben ſchlechterdings, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung *ex proviſione hominis* herrührt, und z. B. durch Vertrag oder letzte Willensverordnung iſt begründet worden.



100) COLERUS Tr. de alimentis Lib. II. cap. I. nr. 12. ſqq. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 42. CARPZOV P. II. Conſtit. 46. Def. 23. nr. 2. et 3.

1) HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4035. nr. IX.

2) S. *Io. Gottlieb* SIEGEL Diſſ. de legitimo ſucceſſore hereditatem omittente, actionis funerariae reo. *Lipſiae 1725.* §. 5. und *Ern. Henr.* MYLII Disquiſit. An is, qui alimenta vivo praeſtitit, ad hunc ſepeliendum ſit obligatus? *Vitebergae 1737.*

3) *L. 8. §. 10. D. de transact.*

4) MÜLLER ad *Struvium.* Exercit. XV. Th. 87. not. $\gamma$. BASTINELLER Diſſ. de iure ſepulturarum Cap. IV. §. 1. in fin.

den. Hier hört ſie mit dem Tode des Alimentars auf, weil dergleichen Dispoſitionen ſtreng zu erklären ſind.

Iſt Niemand vorhanden, dem dieſer Koſtenaufwand aufgebürdet werden kann, ſo muß der Verſtorbene aus der öffentlichen Armenkaſſe begraben werden. Den Gläubigern kann dieſe Laſt zu übernehmen, den Rechten nach nicht zugemuthet werden [5]).

## §. 772.

Wem liegt die Sorge für die Beerdigung ob? Klagen wegen Wiedererſtattung vorgeſchoſſener Beerdigungskoſten.

Die Sorge für die Beerdigung eines Verſtorbenen liegt vor allen Andern demjenigen ob, dem der Verſtorbene den Auftrag dazu ertheilt hat. Dieſer kann ſich dem Beerdigungsgeſchäft vermöge des erhaltenen Auftrags unterziehen, wenn auch gleich der Haupterbe widerſprechen ſollte [6]). Es ſteht ihm aber auch frey, den Auftrag von ſich abzulehnen, und er hat deshalb keine weitere Strafe zu befürchten, als daß er das Legat verliert, welches ihm deshalb von dem Verſtorbenen iſt ausgeſetzt worden.

*L.* 12. §. 4. *D. h. t.* Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: ſed, ſi non ille fecit, nullam eſſe huius rei poenam, niſi aliquod pro hoc emolumentum ei relictum eſt; tunc enim, ſi non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

Hätte er jedoch die Belohnung ſchon erhalten, und er beſorgt die Beerdigung nicht, ſo kann er actione doli belangt

5) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 55.

6) *L. 14. §. 13. D. h. t.*

langt werden, daß er das Empfangene wieder herausgebe; er kann aber auch auf angebrachte Imploration angehalten werden, ſich noch der Leichenbeſorgung zu unterziehen [7]).

*L.* 14. § 2. *D. h. t.* Si cui funeris ſui curam teſtator mandaverit, et ille, accepta pecunia, funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela ſcripſit Credo tamen, et extra ordinem eum a Praetore compellendum, funus ducere.

Erhielt Niemand einen Auftrag, ſo iſt zunächſt der Haupterbe die Beerdigung zu beſorgen verpflichtet. Nächſt dieſem kommen die Verwandten in der Ordnung, wie ſie ſuccediren [8]). Nimmt keine dieſer Perſonen ſich der Beerdigung an, ſo kann ſie, ſelbſt wider deren Verbot, jeder Fremde beſorgen. Denn der Prätor verordnet, wie **Ulpian** [9]) ſagt, ganz allgemein:

*Quod funeris cauſa ſumtus factus erit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.*

**Ulpian** fügt noch hinzu *L.* 12. § 3. *D. h. t.* Hoc Edictum iuſta ex cauſa propoſitum eſt: ut, qui funeravit, perſequatur id, quod impendit. Sic enim fieri, ne inſepulta cadavera iacerent: neve quis de alieno funeretur.

Hat Jemand die Begräbnißkoſten vorgeſchoſſen, ſo hat es entweder der Miterbe gethan, und dann fordert dieſer

 von

7) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

8) *L.* 12. §. 4. *D. h. t.* Si nulli delegatum id munus eſt, ſcriptos heredes ea res contingit: ſi nemo ſcriptus eſt, legitimos, vel cognatos quosque ſuo ordine, quo ſuccedunt.

9) *L.* 12. §. 2. *D. h. h.*

von dem andern Miterben die Auslage ſeines Beytrags mit der *actio familiae erciſcundae* zurück [10]); oder ein Anderer hat ſie vorgeſchoſſen. Dieſer hatte entweder den Auftrag zur Beſorgung des Begräbniſſes vom Erblaſſer oder von demjenigen, welcher zunächſt dazu verpflichtet war, erhalten, und dann kommt ihm wegen ſeiner Auslagen die Mandatsklage zu ſtatten [11]). Oder er hat das Begräbniß ohne Auftrag beſorgt. Hier ſind zwey Fälle zu unterſcheiden. Der Leichenbeſorger hat ſich entweder dem Beerdigungsgeſchäft unterzogen, nachdem der Erbe bereits die Erbſchaft angetreten hatte. Hier hat er das Geſchäft des Erben gerirt, und es hat daher die *actio negotiorum geſtorum contraria* Statt [12]). Oder er hat das Leichenbegängniß beſorgt, vor Antretung der Erbſchaft. Für dieſen Fall hat der Prätor eigentlich die *actio funeraria* eingeführt. Denn ſo lange der Erbe die Erbſchaft noch nicht angetreten hat, kann man nicht ſagen, es ſey deſſelben negotium gerirt worden. Folglich hatte auch die actio negotiorum geſtorum gegen ihn nicht ſtatt. Können auch ſonſt die Geſchäfte eines Verſtorbenen vor Antretung der Erbſchaft beſorgt werden, ſo daß die actio negotiorum geſtorum gegen den Erben begründet iſt, ſo müſſen es doch ſolche Geſchäfte ſeyn, welche bey Lebzeiten des Erblaſſers zu deſſen Nutzen gerirt werden konnten, oder, wie der Prätor in ſeinem Edict ſagt: *quae, cuiusque, cum is moritur, fuerint* [13]). Von dieſer Art iſt aber nicht das Beerdigungsge-

10) *L. 14. §. 12. D. h. t.*

11) *L. 14. §. 15. D. eodem.*

12) *L. 3. §. 6. D. de negot. geſt. L. 14. §. 7. D. h. t.*

13) *L. cit. 3. §. 6. D. de negot. geſt.*

geſchäft, quandoquidem vivus nemo ſepelitur, wie Anton Faber[14]) ganz richtig bemerkt. Deswegen führte der Prätor für den Fall eine eigene Klage ein, wenn Jemand ſich ohne Auftrag der Beerdigung eines Verſtorbenen, vor Antretung der Erbſchaft, unterzogen, und deswegen Koſten aufgewandt hat[15]). Der Prätor nimmt zum Grunde der Klage an, als ob durch die Leichenbeſorgung ein Geſchäft des Verſtorbenen gerirt worden ſey, deſſen Perſon die noch nicht angetretene Erbſchaft vorſtellt. Denn da Jedem daran gelegen ſeyn muß, daß ſein Körper nach ſeinem Tode anſtändig beerdiget werde[16]); ſo ſieht man die Leichenbeſorgung gleichſam als einen Contract mit dem Verſtorbenen an. **Ulpian** lehrt dieſes ganz deutlich, wenn er *L. 1. D. h. t.* ſagt: Qui propter funus aliquid impendit, *cum defuncto contrahere creditur*, non cum herede. Die actio funeraria iſt alſo im Grunde eine Art der actionis negotiorum geſtorum, und entſpringt, wie dieſe, aus einem Quaſi-Contract[17]). Man wird ſich von dieſer Anſicht noch mehr überzeugen, wenn man die Inſcription der L. 1. zu Hülfe nimmt. Nach Anzeige derſelben

14) Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. pag. 561.

15) S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Dig. h. h. §. 30. et 31. *Io. Ad.* KURRER Diſſ. de actione funeraria. *Tubingae 1684.* §. 6. *Io. Phil.* SLEVOGT Diſſ. de act. funeraria. *Ienae 1690.* §. 2. und **Schmidts** Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1081.

16) Ueber die Idee der Alten, daß Niemand vor ſeiner Beerdigung über den Styx geſetzt, und in die Unterwelt aufgenommen werde, ſehe man *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium. Lib. I. cap. 11.

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ben iſt unſer Fragment aus Ulpians *libro decimo ad Edictum* genommen, in welchem dieſer römiſche Juriſt das Edict des Prätors *de negotiis geſtis* erklärt hat, wie aus der Vergleichung derjenigen Stellen in den Pandecten erhellet, welche aus dem nämlichen Buche des Ulpians genommen ſind [18]). Jakob Labittus [19]), Chriſt. Heinr. Eckhard [20]) und Carl Fried. Walch [21]), haben dies alles vortreflich ausgeführt. Darin unterſcheidet ſich jedoch die actio funeraria von der actione negotiorum geſtorum contraria, daß bey jener Klage noch mehr, als bey dieſer, auf Billigkeit geſehen werden ſoll, weil dem Staate ſelbſt daran gelegen iſt, daß die Todten nicht unbegraben liegen bleiben, ſondern zu rechter Zeit gehörig zur Erde beſtattet werden. Ulpian lehrt dieſes ebenfalls, wenn er *L.* 14. §. 13. *D. h. t.* ſagt: Et generaliter puto, iudicem iuſtum non meram negotiorum geſtorum actionem imitari, *ſed ſolutius aequitatem ſequi;* cum hoc ei et actionis natura indulget.

Die actio funeraria iſt jedoch nur eine ſubſidiariſche Klage, ſie hat daher nicht Statt, wenn derjenige, welcher die Begräbnißkoſten aufgewandt hat, durch eine andere Klage ſeine Auslagen wieder erhalten kann.

*L.* 14. §. 12. *D. h. t.* Labeo ait, quoties quis aliam actionem habet de funeris impenſa conſequenda, *fune-*

18) *L. 1. L. 3. 5. 8. 10. 12. et L. 20. D. de negot. geſt.* S. *Abr.* WIELING Iurisprud. Reſtituta. Tom. I. pag. 269.

19) Uſus Indicis Pandectar. Cap. II. §. 1. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. reſtitut.* Tom. II. pag. 6.)

20) Hermeneut. iuris Lib. I. §. 191.

21) Ad *Eckhardum* c. l. Not. ad §. 191. pag. 363.

*funeraria eum agere non poſſe:* et ideo, ſi *familiae erciſcundae* agere poſſit, *funeraria* non acturum. Plane, ſi iam familiae erciſcundae iudicio actum ſit, poſſe agi.

*L.* 14. §. 15. *D. eod.* Qui mandatu alterius funeravit, non habet *funerariam actionem*, ſed is ſcilicet, qui mandavit funerandum, ſive ſolvit ei, cui mandavit, ſive debet. — Contra ſi quis mandatu heredis funeravit, non poſſe eum *funeraria* agere, LABEO ſcribit: quia habet *mandati actionem.*

Direct ſteht die Klage demjenigen zu, welcher ohne Auftrag, jedoch quaſi alienum negotium gerens, das Begräbniß eines Andern, vor angetretener Erbſchaft, entweder ſelbſt beſorgt, und deswegen Koſten, nicht als Schenkung, aufgewandt, oder einem Andern deshalb einen gültigen Auftrag ertheilt hat; ingleichen jedem Erben und Nachfolger deſſelben [22]).

*Utiliter* kann ſich jedoch derſelben auch

1) Ein Mandatar bedienen, und zwar

a) wenn ihm der Auftrag zur Beerdigung von einem Pupillen, ohne Zuſtimmung des Vormundes, war ertheilt worden. Es laſſen ſich hier zwey Fälle gedenken.

*α*) Der Pupill, der den Auftrag ertheilt hat, iſt nicht Erbe des Verſtorbenen, und die Leiche ging ihn gar nichts an. Hier wird die actio funeraria utilis gegen den Erben geſtattet, weil es unbillig ſeyn würde, wenn der Erbe durch die Ungültigkeit des Auftrags gewinnen ſollte. Direct hat die Klage darum nicht Statt, weil der Mandatar

22) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

tar hier nicht die Abſicht hatte, den Erben verbindlich zu machen [23]).

β) Die Leiche gieng den Pupillen ſelbſt an, und dieſer hat einem Andern, ohne Auctorität ſeines Vormunds, den Auftrag zur Beerdigung gegeben. Hier kann gegen den Pupillen geklagt werden, wenn dieſer Erbe des Verſtorbenen geworden iſt, ſo weit nämlich die Erbſchaft zur Bezahlung der Koſten hinreicht. Denn ſo weit ein Unmündiger bereichert iſt, wird er auch, ohne Auctorität ſeines Vormundes, verbindlich [24]). Alles dies beſtätiget folgende Stelle **Ulpians**.

*L.* 14. §. 15. *D. h. t.* Quodſi pupillus mandavit ſine tutore auctore, *utilem funerariam* dandam adverſus heredem ei, qui impendit: lucrari enim heredem iniquum eſt. Si autem pupillus *funus ad ſe pertinens* ſine tutoris auctoritate mandavit, *dandam in eum actionem arbitror*, ſi et heres extitit ei, qui funeratus eſt, ſolvendoque hereditas eſt.

b) Wenn zwar der Auftrag an ſich gültig war, die actio mandati aber, wegen der Zahlungsunvermögenheit des Mandanten, dem Mandatar nichts nützt [25]).

2) Der Beſitzer der Erbſchaft, welcher den Verſtorbenen in der Meinung, daß er deſſelben Erbe ſey, hatte beerdigen laſſen, wenn er nachher den wahren Erben weichen

mußte,

23) S. POTHIER Pandect. Iuſtin. T. I. h. t. Nr. XXXIX. Not. e.

24) POTHIER c. l. not. f.

25) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad §. 16. Legis 14. D. h. t. pag. 590. und SLEVOGT Diſſ. cit. §. 7.

mußte, und bey der Reſtitution der Erbſchaft die Begräbnißkoſten nicht abgezogen hat. Daß dieſer die aufgewandten Koſten nur actione funeraria utili zurückfordern könne, beweißt folgende Stelle des Paulus.

*L. 32. pr. D. h. t.* Si poſſeſſor hereditatis funus fecerit, deinde victus, in reſtitutione non deduxerit, quod impenderit, *utilem* eſſe ei *funerariam.*

Der Grund hiervon iſt nicht bloß Billigkeit, ſondern weil vermöge des unter dem Kr. **Hadrian** gemachten Juventianiſchen Senatusconſultums der redliche Beſitzer, auſſer der Reſtitution der Erbſchaft, keinen Schaden leiden ſoll [26]), wie **Anton Faber** [27]) mit Recht bemerkt hat. Eine directe Klage konnte hingegen nach der Strenge des Rechts darum nicht Statt finden, weil der Beſitzer der Erbſchaft die Koſten der Beerdigung nicht in der Abſicht aufwandte, um das Geſchäft eines Andern zu beſorgen. **Ulpian** lehrt dieſes deutlich, wenn er ſagt:

*L. 14. §. 11. D. h. t.* Si quis, dum ſe heredem putat, patremfamilias funeraverit, *funeraria actione* uti non poterit, *quia non hoc animo fecit, quaſi alienum negotium gerens.* Et ita TREBATIUS et PROCULUS putat. Puto tamen et ei *ex cauſa* dandam *actionem funerariam.*

3) Der Legatar, wenn die demſelben von dem Erblaſſer vermachten Kleider zur Leiche verwendet worden ſind, kann den Erſatz dafür mit der actio utilis von dem Erben fordern, und dieſe Forderung hat die Rechte der Leichenkoſten. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 46.

26) *L. 25. §. 11. D. de hereditat. petit.*

27) Rational. in Pand. ad h. L. 32. h. t.

*L.* 46. §. 2. *D. h. t.* Ei, cui veſtimenta legantur, ſi in funus erogata ſint, utilem actionem in heredem dandam placuit, et privilegium funerarium [28]).

*L.* 3. *Cod. h. t.* Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel morbum eius erogaſſe te boni viri arbitratu probaveris, Praeſes provinciae ſolvi tibi iubebit.

Die Klage wird gegen den angeſtellt, welchem die Beſorgung des Begräbniſſes oblag, und ſie iſt auch dann begrün-

28) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. pag. 610. verſteht dieſes Fragment von dem Falle, da der Erbe unwiſſend Kleider, die von dem Verſtorbenen einem Andern waren vermacht worden, auf die Leiche deſſelben verwendet hat, und beruft ſich auf die *L. 63. D. de Legat. II.* wo es heißt: Si heres rem legatam ignorans in funus conſumſit, ad exhibendum actione non tenebitur: quia nec poſſidet, nec dolo malo fecit, quominus poſſideret; ſed per *in factum actionem* legatario conſulitur, ut indemnitas ei ab herede praeſtetur. Die *actio utilis*, deren in der *L. 46.* gedacht wird, ſey alſo eine *actio in factum*, wie ſie hier genennt wird. Ihm ſtimmt auch POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 5. Nr. XXXII. not. a. et b. pag. 186. bey. Die Gloſſe hingegen nimmt den Fall an, da der Legatar ſelbſt das Vermächtniß für die Leiche verwendet hat. So verſteht dieſe Stelle auch SLEVOGT in Diſſ. de actione funeraria §. 3. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4036. lit. B. Da der actio utilis das Privilegium der actionis funerariae beygelegt wird, ſo ſcheint mir die letztere Erklärung dem Zuſammenhang der Rede und der Natur der Sache angemeſſener zu ſeyn. Für die erſte Erklärung ſtimmt indeſſen auch *Io.* ALTAMIRANUS Tractat. II. ad Libr. II. Quaeſtionum Scaevolae ad h. L. (in MEERMANI *Theſauro iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 395.)

gründet, wenn gleich derſelbe die Beſorgung dem Kläger unterſagt hatte, dabey aber ſelbſt keine Anſtalten dazu machte.

*L.* 14. §. 13. *D. h. t.* Idem LABEO ait, ſi *prohibente herede* funeraveris teſtatorem, ex cauſa competere tibi *funerariam.*

*L.* 14. §. 17. *D. eod.* Datur autem haec actio adverſus eos, *ad quos funus pertinet*, utputa adverſus heredem bonorumve poſſeſſorem, caeteroſque ſucceſſores.

Sie geht auf die Wiederbezahlung der aufgewandten Leichenkoſten; und zwar iſt die actio funeraria mit dem beſondern Vorzugsrechte verſehen, daß bey einem entſtandenen Concurs über das Vermögen des Verſtorbenen die vorgeſchoſſenen Begräbnißkoſten vor allen andern Forderungen bezahlt werden müſſen. **Mäcian** ſagt *L.* 45. *D. h. t.*

*Impenſa funeris* ſemper deducitur, *quae etiam omne creditum ſolet praecedere*, cum bona ſolvendo non ſint.

Mehrere Rechtsgelehrten [29]), und unter den neuern vorzüglich **Weſtphal** [30]) meinen zwar, die Worte: *omne creditum* dürften nicht ſo allgemein genommen werden, ſondern

29) *Fr.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 17. in fin. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Qui potiores in pignore. nr. 4. pag. 638. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum.* pag. 269. *Petr.* VANDERANUS de privilegiis creditor. Cap. 3. (in *Ger.* MEERMAN *novo Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 686.)

30) Syſt. Erläut. der Röm. Geſetze vom Pfandrecht §. 147.

dern man könnte ſolche nur höchſtens von den perſönlichen Schuldforderungen verſtehen. Vor den Hypotheken könnte man ihnen hingegen keinen Vorzug einräumen, wenigſtens nicht vor allen. Man ſagt, der Ausdruck *creditum* deute im rechtlichen Sinn nur Perſonalgläubiger an [31]). Sodann ſage Mäcian ausdrücklich, die Begräbnißkoſten ſollten aus der Erbſchaft bezahlt werden. Was könnte dies anders heiſſen, als daß das Privilegium dieſer Forderung ein blos perſönliches ſey? Denn Pfänder, welche die Gläubiger mit der hypothekariſchen Klage verfolgen können, dürfe man hierher nicht rechnen [32]). Hierzu komme, daß in der *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* die Begräbnißkoſten ausdrücklich blos dem Pfandrechte des Vermiethers wegen des ihm ſchuldigen Miethgeldes, und den Vermächtniſſen vorgezogen würden. Dies ſey als ein ſpecielles Recht anzuſehen, welches ſeinen beſondern Grund habe, der ſich auf andere Pfandrechte nicht ausdehnen läßt. Denn von Vermächtniſſen ſey es überhaupt bekannt, daß ſie allemal erſt nach Abzug der Schulden des Erblaſſers bezahlt würden. Der Vermiether aber ſolle blos den auſſerhalb des gemietheten Hauſes entſtandenen Schulden des Miethmanns vorgezogen werden. Das Begräbniß gehöre gleichſam zu dem, was im Hauſe ſelbſt noch aufgezehrt worden. Allein ſämmtliche Gründe ſind der berühmten Vertheidiger dieſer Meinung nicht würdig, wie Joh. Voet [33]), und Herr Prof. Dabelow [34]) ſehr gründlich gezeigt haben. Denn auch davon abge-

31) *L. 10. L. 11. et L. 12. D. verbor. ſignificat.*

32) *L. 9. Cod. Qui potior. in pignore.*

33) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 9.

34) Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Cap. VIII. S. 184. ff.

abgeſehen, daß die Worte: *omne creditum*, viel zu generell gefaßt ſind, als daß ſie eine ſolche Einſchränkung erlaubten, dergleichen man dem Geſetz hat unterſchieben wollen, auch der Grund des Privilegiums ſelbſt derſelben offenbar entgegen ſtreitet [35]); ſo läßt ſich noch aus andern Stellen klar erweiſen, daß die Begräbnißkoſten allen Schulden vorgehen ſollen, ſie mögen ſeyn, von welcher Art ſie wollen. Nicht nur **Pomponius** ſagt *L.* 22. 23. 24 *et* 26. *D. h. t.* die Leichenkoſten ſollen bezahlt werden non deductis legatis, *nec aere alieno deducto*; ſondern auch **Paulus** beſtätigt dieſes ausdrücklich, wenn er *Lib. I. Sentent. receptar. Tit.* 21. §. 15. ſagt: Quidquid in funus erogatur, *inter aes alienum* primo loco deducitur [36]). Man wende nicht ein, daß die angeführten Geſetze einen Concurs im Sinn des römiſchen Rechts vorausſetzen, welcher nur unter Perſonalgläubigern Statt hatte, und die hypothekariſchen gar nichts anging [37]). Denn es iſt bekannt, daß nur die chirographariſchen unprivilegirten Gläubiger die gerichtliche Immiſſion in dasjenige Vermögen des Schuldners erhielten, welches abſolut privilegirte Forderungen, zu denen die Leichenkoſten gehörten, und hypothekariſche Gläubiger übrig ließen [38]). Ganz entſcheidend ſpricht aber für das Vorzugsrecht der Leichenkoſten ſelbſt vor hypothekariſchen Forderungen die *L.* 14 *§.* 1. *D. h. t.* wo **Ulpian** ſagt:

Si

35) *L.* 43. *in fin. D. h. t.*

36) In *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejuſt.* pag. 266.

37) *L.* 10. *Cod. de rebus auctorit. iud. poſſid.*

38) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozeſſes 4. Th. Nr. LXXXII. §. 2. S. 492. ff.

Si colonus vel inquilinus ſit is, qui mortuus eſt, nec ſit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum POMPONIUS ſcribit: et ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita penſione teneri.

Es iſt hier mit keinem Worte geſagt, daß dieſer Vorzug blos ausnahmsweiſe bey der hier genannten Forderung des hypothekariſchen Gläubigers Statt haben ſolle. Es iſt wenigſtens nicht abzuſehen, worin der beſondere Grund dieſer Ausnahme liegen ſolle. Es muß daher der nämliche Vorzug den Leichenkoſten auch vor andern mit einer ſtillſchweigenden oder ausdrücklichen Hypothek verſehenen Forderungen eingeräumt werden, wie inſonderheit auch noch daraus erhellet, wenn Juſtinian *L.* 22. §. 9. *Cod. de iure delib.* verordnet.

In Computatione autem patrimonii damus licentiam, *excipere et retinere, quidquid in funus expendit*, vel in teſtamenti inſinuationem vel in inventarii confectionem, vel in alias neceſſarias cauſas hereditatis approbaverit ſeſe perſolviſſe. Si vero et ipſe aliquas contra defunctum habeat actiones: non hae confundentur, ſed ſimilem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen praerogativa inter creditores ſervanda.

Hierin ſtimmen auch die meiſten ſowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten [39]) mit einander überein.

Noch

39) S. *Io. Iacob* WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. h. t. pag. 210. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Digeſtorum. h. t. §. 39. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXIV. Th. 10. *Io. Phil.* SLEVOGT Diſſ. de actione funer. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4038. Chriſt. Gottl.

Noch iſt zu bemerken, daß das gedachte Vorzugsrecht nicht nur den Leichenkoſten beygelegt iſt, welche auf die Beerdigung des Schuldners ſelbſt ſind verwendet worden, ſondern auch denjenigen, welche bey der Beerdigung ſolcher Perſonen aufgegangen ſind, die der Schuldner beerdigen zu laſſen verpflichtet war. Daher haben nach dem römiſchen Rechte auch die auf das Begräbniß der Frau oder der Kinder des Schuldners verwandte Koſten gleiches Vorrecht. **Ulpian** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 17. pr. D. de reb. auct. iud. poſſid.* ſagt: Quaeſitum eſt, utrum ita demum privilegium habeat *funeraria*, ſi is, cuius bona veneunt, funeratus ſit: an etiam, ſi proponas alium eſſe funeratum? et hoc iure utimur, *ut quicunque ſit funeratus*, (id eſt, *ſive is, cuius de bonis agitur, ſive quid is debuit, quod reddere eum, ſi viveret, funeraria actione cogi oporteret*) *privilegio locus ſit.* Es wird jedoch, wenn das mehrerwähnte Privilegium Statt haben ſoll, vorausgeſetzt, daß der Koſtenaufwand noch vor dem Ausbruch des Concurſes gemacht worden ſey [40]). Denn ſtirbt der Schuldner wäh-



Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 78. ff. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 465. pag. 283. u. a. m.

40) Nach der Praxis hat dieſe Einſchränkung keinen Zweifel. Man ſehe MEVIUS P. II. Deciſ. 222. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 55. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXXXIV. Corol. 1. pag. 508. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 81. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4617. lit. B. THIBAUT Syſt. des P. R. 3. B. §. 1236. Schmidts theor. pract. Commentar über ſeines Vaters Lehrbuch von Klagen u. Einreden 4. B. §. 1083. und Aug. Siegm. Kori Syſtem des Concurs-Prozeſſes Lib. II. Cap. 2. §. 8 S. 183.

rend des Concurſes, ſo iſt er entweder als ein Armer auf öffentliche Koſten, oder auf Koſten derjenigen zu begraben, welchen dieſe Verbindlichkeit nach den Geſetzen obliegt. Die Gläubiger ſind nicht verbunden, den Schuldner aus dem ihnen abgetretenen Vermögen begraben zu laſſen, da keine der oben angeführten Klagen hier anwendbar iſt [41]). Wegen der Leichenkoſten, welche auf die Beerdigung ſolcher Perſonen verwendet worden ſind, die der Schuldner begraben zu laſſen verbunden war, kann auch das mehrgedachte Privilegium nur dann Statt finden, wenn dieſe Perſonen noch vor dem Schuldner verſtorben ſind. Denn erfolgt deren Tod erſt nach dem Ableben des Schuldners, ſo kann man mit keinem Rechte aus deſſen Vermögen die Leichenkoſten fordern, weil die Verbindlichkeit des Schuldners, jene Perſonen begraben zu laſſen, auf blos perſönlichen Verhältniſſen beruhet, die mit ſeinem Tode aufhören [42]).

Das Privilegium der Leichenkoſten ſteht übrigens, als ein privilegium cauſae, nicht nur demjenigen zu, welcher die Begräbnißkoſten ſelbſt aufgewandt hat, ſondern auch dem Ceſſionar [43]), und iſt mit jeder Klage verbunden, mit welcher

41) Anderer Meinung ſind zwar Claproth in der Einleitung in ſämmtliche ſummariſche Prozeſſe §. 391. und DABELOW in der ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurſe der Gläubiger. Cap. 8. S. 186. ſq. Allein wie kann nach Eröffnung des Concurſes eine ſolche negotiorum geſtio gedacht werden, worauf die actio funeraria gegründet iſt? Man ſehe auch *Chriſt. Lud.* CRELL Diſſ. de vaſallo ad impenſas in funus deceſſoris faciendas in ſubſidium obligato *Viteb.* 1737. §. 4.

42) S. Gmelin a. a. O. S. 85. und DABELOW a. a. O. S. 187.

43) *L. 68. D. de Reg. iuris.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. N. III. beſonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

cher die Bezahlung derſelben gefordert werden kann, es ſey die actio funeraria, oder familiae erciſcundae, oder irgend eine andere wegen derſelben zuſtehende Klage; es muß nur nicht eine ſolche Novation vorgegangen ſeyn, wodurch dieſes Privilegium aufgehoben wird [44]). Hierher gehören die letztern Worte der oben angeführten *L.* 17. *pr. D. de reb. auct. iud. poſſid.* Parvique referre dicamus, qua actione hic ſumtus repetatur, funeraria, an familiae erciſcundae, an qua alia? dummodo ſumtus funeris cauſa factus ſit. *Quacunque igitur actione ob funeris ſumtum utatur: etiam funerariam ei competere* [45]). Quare ſi in ſtipulatum funeris impenſa deducta eſt: dicendum eſt, locum eſſe privilegio, *ſi modo quis non abiiciendi privilegii cauſa ſtipulatus eſt* [46]).

## §. 773.

Fälle, wo die Klage auf Wiedererſtattung vorgeſchoſſener Begräbnißkoſten ganz oder zum Theil wegfällt.

Soll jedoch die Klage auf Wiedererſtattung der aufgewandten Begräbnißkoſten Statt finden, ſo wird vorausgeſetzt,

1) daß der Kläger die Auslagen nicht aus bloßer perſönlicher Zuneigung gegen den Verſtorbenen, und ohne die Ab-



44) S. Claproths Einleitung in ſämmtliche ſummariſche Prozeſſe §. 391. S. 587.

45) Das heißt: privilegium funerariae actionis competere. So erklären das Wort *funeraria* mit Accurſius *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 513. und *Pet.* VANDERANUS de privilegiis Creditor. Cap. 3. (in MEERMAN *Theſ. iur. civ. et can.* Tom. II. pag 686.)

46) Man ſehe über dieſe Stelle VANDERANUS c. l. und DABELOW a. a. O. S. 186.

Abſicht Erſatz zu fordern, gemacht habe. Jedoch wird dieſes im Zweifel nicht vermuthet, ſondern es kommt auf die perſönlichen Verhältniſſe und Verbindungen an, in welchen derjenige, der das Begräbniß übernommen hat, zu dem Verſtorbenen ſtand, woraus deſſelben Abſicht beurtheilt werden muß [47]). So vermuthet man z. B. von Kindern, daß ſie aus Liebe ihre Eltern haben umſonſt wollen beerdigen laſſen, wenn ſie nicht durch Proteſtation eine andere Abſicht hierbey erklärt haben. Daher halten es die Geſetze für rathſam, daß derjenige, welcher eine Beerdigung übernimmt, vorher die Abſicht, die er dabey hat, erkläre, welches jedoch keineswegs ſo zu verſtehen iſt, als ob dieſe Erklärung zur Begründung der Klage, als ſchlechterdings nothwendig, erfordert werde [48]). Man erwäge folgende Geſetzſtelle.

*L.* 14. §. 7. *D. h. t.* Sed interdum is, qui ſumtum in funus fecit, ſumtum non recipit, *ſi pietatis gratia facit*, non hoc animo, quaſi recepturus ſumtum, quem fecit; et ita Imperator noſter reſcripſit. Igitur aeſtimandum erit arbitro, et perpendendum, quo animo ſumtus factus ſit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipſius humanitatis [49]); an vero

47) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 56. et 57. und VOET Comm. h. t. §. 13.

48) Anderer Meinung iſt zwar *Amad.* ECKOLT in compendiar. Pandectar. tractat. h. t. §. 2. Allein man ſehe KURRER Diſſ. de actione funeraria §. 8. und HOFACKER Tom. III. §. 4039.

49) Statt *humanitatis* will *Deſid.* HERALDUS Obſervation. et Emendat. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1355.) lieber *hereditatis* leſen. Allein mit Recht verwirft *Corn.*

vero miſericordiae, vel pietati tribuens, vel affectioni. Poteſt tamen diſtingui et miſericordiae modus, ut in hoc fuerit miſericors, vel pius, qui funeravit, ut eum ſepeliret, ne inſepultus iaceret, non etiam, ut ſuo ſumtu fecerit: quod ſi iudici liqueat, non debet eum, qui convenitur, abſolvere. *Quis enim ſine pietatis intentione alienum cadaver funerat?* Oportebit [50]) igitur



*Corn. van* BYNKERSHOEK Obſervation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 22. dieſe Meinung. SALMASIUS in Obſervat. ad Ius Attic. et Rom. Cap. 25. hält aber wenigſtens eine Verſetzung der Worte für nöthig, nämlich auf folgende Art: *utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, an vero ipſius humanitatis, vel miſericordiae, vel pietati, vel affectioni tribuens.* Daß die Redensart: *negotium gerere humanitatis* in dem Sinn ächtrömiſch ſey, wenn man eine Beerdigung, ohne Abſicht, Erſatz der Koſten zu fordern, übernimmt, hat *Pet.* FABER Lib. II. Semeſtrium cap. I. aus vielen Stellen der Alten erwieſen. Daß auch in dieſem Sinn die Worte *miſericordia* und *humanitas* mit einander verbunden werden, lehrt SENECA *de Benefic. Lib. V. c.* 20.

50) Verbum *Oportebit*, ſagt KURRER cit. loc. non praeciſam hic et abſolutam infert proteſtationis neceſſitatem, eo cum effectu coniunctam, ut, illa inſuper habita, repetitioni locus non ſit, ſed hypotheticam ſaltem, ad controverſiae ratione animi ſumtus recuperandi alias metuendae, excluſionem relatam, ut ſic idem hic ſignificet, quod vocula *expedit*, aut *opportunum eſt*; prout in hoc ſenſu non uno ſaltem accipitur loco, vid. *L.* 52. *D. de legat.* 2. *L.* 8. §. 4. *D. de novi oper. nunciat.* STRAUCH in Lexico particular. iuris verb. *Oportet.* num 5. Paucis: ICtus hoc loco funerantis commodo et utilitati conſulere, viamque ad faciliorem ſumtuum repetitionem mediante hac proteſtatione quodammodo ſternere, non vero neceſſitate quadam ad illius interpoſitionem, ſub iactura impenſarum, eundem conſtringere voluit.

tur teſtari quem, quo animo funerat: ne poſtea patiatur quaeſtionem.

Nur in dem Falle, da Kinder, oder andere, welche zur Erbſchaft des Verſtorbenen gerufen ſind, und dieſe noch nicht wiſſen, ob ſie die Erbſchaft behalten oder annehmen ſollen, iſt ein ausdrücklicher Vorbehalt der Koſtenerſtattung nöthig, wenn ſich ſolche Perſonen der Beerdigung des Erblaſſers unterziehen, und dabey ausdrücklich erklärt haben, daß ſie dieſes Geſchäft blos aus Liebe zu dem Verſtorbenen, nicht aber als Erben, übernommen hätten. Denn ohne jenen Vorbehalt würden ſie ſich der Gefahr ausſetzen, daß ihnen die Vergütung der Koſten ſtreitig gemacht werde, wie aus folgender Stelle zu erſehen iſt.

*L.* 14. §. 8. *D. eodem.* Plerique filii, cum parentes ſuos funerant, vel alii, qui heredes fieri poſſunt, licet ex hoc ipſo neque pro herede geritio, neque aditio praeſumitur, tamen ne vel miſcuiſſe ſe neceſſarii vel caeteri pro herede geſſiſſe videantur, ſolent teſtari, pietatis gratia facere ſe ſepulturam. Quid ſi ſupervacuo fuerit factum? ad illud ſe munire videntur, ne miſcuiſſe ſe credantur: ad illud non, ut ſumtum conſequantur: quippe proteſtantur, pietatis gratia id ſe facere. *Plenius igitur eos teſtari oportet, ut et ſumtum poſſint ſervare.*

Hat Jemand bey dem Aufwand der Beerdigungskoſten nur zum Theil die Abſicht zu ſchenken gehabt, ſo kann er nur zum Theil Erſatz derſelben fordern.

*L.* 14. §. 9 *D. eod.* Fortaſſis quis poſſit dicere, interdum partem ſumtus facti poſſe reciperari, ut quis

pro

pro parte quaſi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat. Quod eſt verius. Partem igitur ſumtus conſequetur, quem non donandi animo fecit.

2) Die Beerdigung muß auf eine dem Stand und Vermögen des Verſtorbenen angemeſſene Art beſorgt worden ſeyn [51]). Der Aufwand darf daher weder übermäßig, noch auf eine ſo ſparſame und kärgliche Art eingerichtet ſeyn, daß der Verſtorbene dadurch beſchimpft wird [52]). Mit Recht kann demnach der Richter die Klage verwerffen, wenn das Begräbniß auf eine durch unzeitige Sparſamkeit für den Verſtorbenen ſchimpfliche Weiſe angeſtellt worden iſt [53]). Ja es kann ſogar den Umſtänden nach eine Injurienklage eintreten [54]). Auf der andern Seite aber kann auch derjenige, welcher ein unverhältnißmäßiges koſtbares Begräbniß veranſtaltet hat, nicht mehr zum Erſatz fordern, als er billig

51) *L. 12. §. 5. D. h. t.* Sumtus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti.

52) *L. 14. §. 6. D. h. t.* Haec actio, quae *funeraria* dicitur, ex aequo et bono oritur. *Aequum* autem accipitur ex dignitate eius, qui funeratus eſt, ex cauſa, ex tempore, et ex bona fide: ut neque plus imputetur ſumtus nomine, quam factum eſt, neque tantum, quantum factum eſt, ſi immodice factum eſt. Deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum eſt, et ipſius rei, quae ultra modum ſine cauſa conſumitur.

53) *L. 14. §. 10. D. h. t.* Iudicem, qui de ea aequitate cognoſcit, interdum omnino non debere admittere modicum factum, ſi forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus ſit: nam non debet huius rationem habere, cum contumeliam defuncto feciſſe videatur, ita eum funerando.

54) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 70. VOET Comm. h. t. §. 13. KURRER cit. Diſſ. §. 45.

billig hätte aufwenden ſollen, ſelbſt dann nicht, wenn auch der Verſtorbene eine ſolche Anordnung im Teſtament gemacht hätte [55]). Denn thörichte Verordnungen des Verſtorbenen braucht der Erbe nicht zu erfüllen [56]). Um bey der Beſorgung eines Begräbniſſes weder in exceſſu noch in defectu zu fehlen, iſt es daher rathſam, ſich von der Obrigkeit einen Verhaltungsbefehl auszubitten.

Unter dieſen Einſchränkungen iſt übrigens die Klage begründet, der Kläger mag das Leichenbegängniß ſelbſt veranſtaltet, oder auch nur das Geld zur Leiche dargeliehen haben; wenn es nur ausdrücklich zu dieſem Zweck iſt dargeliehen, und auch erweislich dahin verwendet worden iſt [57]).

§. 774.

55) *L. 14. §. 6. D. h. t.* Quid ergo, ſi ex voluntate teſtatoris impenſum eſt? Sciendum eſt, nec voluntatem ſequendam, ſi res egrediatur *iustam ſumtus rationem:* pro modo autem facultatum ſumtum fieri.

56) *L. 113. §. 5. D. de Legat. I. L. 40. §. 2. D. de auro argent. legato. L. 27. D. de condit. inſtitut. L. 5. Cod. de his, quae ut indignis.* VOET Comm. h. t. §. 13. in fin. und *Chr. Gotth.* HÜBBER Diſſ. de minuendis funerum ſumtibus. *Lipſiae 1795.*

57) *Arg. L. 1. D. in quib. cauſ. pign. L. 24. §. 1. D. de rebus auctor. iud. poſſid.* MEVIUS Tom. I. Part. II. Deciſ. 223. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. Nr. 2. Der Dritte, welcher auf die Ordre deſſen, der die Beerdigung beſorgte, Geld hergeliehen hat, kann von der Maſſe gleichfalls nur für das, was nöthig war, Vergütung fordern; doch ſteht ihm gegen den Mandanten unbedingt der Regreß offen. S. THIBAUT Syſtem des Pand. Rechts. 2. B. §. 980. S. 364. a. E. Anderer Meinung iſt jedoch DABELOW vom Concurſe der Gläubiger. Cap. 8. S. 191.

§. 774.

Was gehört zu den Leichenkoſten?

Unter den Leichenkoſten (*Funeris ſumtus*) wird nach dem römiſchen Rechte alles dasjenige begriffen, was entweder unmittelbar zur Beerdigung des Verſtorbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bey Gelegenheit derſelben, aber doch nothwendig aufgewandt werden mußte, um die Beerdigung auf eine für den Verſtorbenen anſtändige Art zu bewerkſtelligen [58]). Dieſe Beſtimmung rechtfertiget ſich aus folgenden Geſetzſtellen

*L.* 14. §. 3. *D. h. t.* Funeris cauſa ſumtus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, ſine quo funus duci non poſſit: utputa ſi quid impenſum eſt in elationem mortui. Sed et ſi quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferetur. funeris cauſa videri impenſum, LABEO ſcribit: quia neceſſario locus paratur, in quo corpus conditur.

*L.* 14. §. 4. *D. eodem.* Impenſa peregre mortui, quae facta eſt, ut corpus perferretur, funeris eſt, licet nondum humo funeretur. Idemque et ſi quid ad corpus cuſtodiendum, vel etiam commendandum [59]) factum

58) S. DABELOW a. a. O. S. 188. u. folg. VOET Comm. h. t. §. 14. *Iac.* VOORDA Comm. ad Legem. Faleid. Cap. VIII. §. 13. u. GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 19.

59) *Commendare* heißt hier ſoviel als deponere corpus, donec iuſtae ſepulturae tradatur, die Leiche an einem Orte ſo lange aufbewahren, bis ſie da abgeholt werden kann. S. CUJACIUS Obſervat. Lib. II. cap. 17. BRISSONIUS Antiquitat. ſelectar. Lib. III. cap. 7. und VOORDA cit. Commentar. Cap. 8. §. 13. pag.

ctum ſit, vel ſi quid in marmor [60]), vel veſtem collocandam [61]).

L. 37. pag. 169. Die Leſeart *Communandandum*, von *commundare*, reinigen, abwaſchen, welche einige gebilliget haben, iſt ganz irrig. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 6. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. II. p. 200.) und *van* IDSINGA Varior. iuris civ. Cap. 20.

60) *Marmor* iſt hier ſoviel, als arca marmorea, qua condebatur cadaver; ein Sarg von Marmor. S. VOORDA c. l.

61) Auch die Römer pflegten die Leichen anzukleiden, wie KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. I. cap. 10. erwieſen hat. Allein zweifelhaft iſt es, was das *collocandam* bedeuten ſoll. VOORDA c. l. ſagt: Veſtes illae, quibus cadavera olim ſolebant indui, dicebantur *collocari*, quum indutae apte et concinne disponebantur. Er beruft ſich auf OVIDII *Metamorphoſ. Lib. II.* vers. 734. und bemerkt dabey, daß zur Verfertigung der Sterbekleider die Libitinarii wären gedungen worden, wie aus VALERIUS MAXIMUS Lib. V. c. 2. erhelle. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Obſervat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 25. §. 1. glaubt, man müſſe *collocandum* leſen. Denn *collocare* heiße hier nichts anders, als expendere oder erogare, wie dies Wort auch in andern Stellen gebraucht wird, als *L. 7. §. 11. D. de adminiſtr. et peric. tutor. L. 43. §. 3. D. de furtis. Io. Lud.* CONRADI Reprehenſor. in Obſervation. ſuper iure civ. diverſor. libr. ſing. pag. 56. verwirft dieſe Verbeſſerung, und erklärt die Worte *veſtem collocandam* von einem nöthigen Todenkleide, zum Unterſchiede vom überflüßigen Prunk. Man ſehe auch deſſelben Opuſcula e iure civ. Tom. II. pag. 9. Allein durch alle dieſe Erklärungen iſt der wahre Sinn nicht getroffen worden. Dieſer wird nur dann richtig dargeſtellt, wenn man ſtatt collocandam vielmehr *collocatum* lieſet, welches denn unſtreitig ſoviel als *impenſum*, oder *erogatum eſt*, heißt, wie *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 10. §. 2. pag. 110. gezeigt hat.

*L.* 37. *pr* *D. eodem.* Funeris ſumtus accipitur, quidquid corporis cauſa, veluti unguentorum, erogatum eſt: et pretium loci, in quo defunctus humatus eſt: et ſi qua vectigalia ſunt, vel ſarcophagi [62]), et vectura; et quidquid corporis cauſa, antequam ſepeliatur, conſumtum eſt, funeris impenſam eſſe exiſtimo.

§. 1. *L.* 37. *eod.* Monumentum autem ſepulchri id eſſe, Divus *Hadrianus* reſcripſit, quod monumenti

62) *Sarcophagus* iſt eigentlich eine Art von Stein, welcher die Kraft hat, in kurzer Zeit das Fleiſch von den Körpern zu verzehren. Er wird *lapis aſſius* oder *aſius* genennt. PLINIUS in *Hiſtor. natur.* Lib. XXXVI. Cap. 27. ſagt: In Aſſo Troadis *ſarcophagus lapis* fiſſili vena ſcinditur. Corpora defunctorum condita in eo, abſumi conſtat intra XL diem, exceptis dentibus; und eben ſo ISIDORUS Origin. Lib XVI. cap. 4. *Sarcophagus lapis* dictus eo, quod corpora eorum condita in eo intra quadraginta dies abſumerentur. Σαρξ enim graece caro dicitur, φάγειν comedere. Naſcitur autem in *Troade*, fiſſilique vena ſcinditur. Von dieſem Steine pflegten die Römer ihre Särge zu verfertigen. Daher wird das Wort *Sarcophagus* für die area lapidea, in qua mortuus condebatur, genommen. Dieſe Bedeutung iſt auch hier in der *L. 37. h. t.* zum Grunde zu legen, wie aus *L. 7. D. h. t.* erhellet. S. *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. XXI. cap. 13. und *Io. van* NISPEN Diſſ. de ſepulcro violato. Cap. IX. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. Diſſertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 43 ſq.) In andern Stellen wird jedoch das Wort *Sarcophagus* auch für Sepulchrum gebraucht. *L. 18. §. ult. D. de aliment. legat.* NONIUS MARCELLUS Cap. I. §. 13. ISIDORUS Orig. Lib. XV. cap. 11. S. KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. III. cap. 10.

menti [63]), id eſt, cauſa muniendi eius loci factum ſit, in quo corpus impoſitum ſit. Itaque ſi amplum quid aedi-

63) Statt *monumenti* will *Io.* WUNDERLICH in libro ſing. de *uſu* inſcriptionum Rom. vet. maxime ſepulchral. Obſervat. I. §. 8. lieber *munimenti* leſen. Er glaubt, der ganze Context erfordere dieſe Verbeſſerung. Allein nimmt man dieſe Leſeart an, ſo erſcheinen die Worte: id eſt cauſa muniendi eius loci als überflüſſig, indem dadurch idem per idem erklärt wird. Es ſcheinen vielmehr die Worte: *monumenti*, *id eſt*, ein Gloſſema zu ſeyn. Bey Haloander fehlen auch wirklich dieſe Worte. Denn der Sinn des Kaiſers geht dahin, zu beſtimmen, was man eigentlich *Munimentum ſepulchri* nenne, um zu wiſſen, in welchem Falle man die Koſten zu den Begräbnißkoſten rechnen, und von der Viceſima hereditatum abziehen könne, oder nicht. Das Letztere lehrt die Inſcription. Denn die *L. 37.* iſt aus MACRI *libro ad Legem viceſimariam hereditatum* genommen. Dieſes Geſetz erlaubte zuvörderſt alle Begräbnißkoſten von der Erbſchaft abzuziehen, ehe dem kaiſerlichen Fiscus die Viceſima bezahlt wurde. Es ſollte alſo in dieſer Stelle nicht ſowohl gezeigt werden, was *Sepulchrum*, als vielmehr was *Munimentum Sepulchri* ſey. Er ſagt alſo, Munimentum ſepulchri ſey nur dasjenige zu nennen, was aufgeführt werde, um die Grabſtätte zu verwahren und einzuſchließen. Es erhellet hieraus, daß die Leſeart *monumentum* irrig, und dafür *Munimentum ſepulchri*, zu leſen ſey, wie auch Haloander und, nach Brenkmanns Bemerkung in dem Gebauerſchen Corp. iuris, einige andere Handſchriften haben, zu denen ich auch noch unſern Erlanger Pandecten Codex rechnen kann. LEONINUS Emendat. Lib. III. cap. 10. PACIUS in nota marginali Edit. ſuae ad h. L. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 30. u. *van* NISPEN cit. Diſſ. Cap. V. §. 2. ſind gleicher Meinung. Man wird ſich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß *Monumentum* nicht dasjenige heißt, quod muniendi loci cauſa fit, ſondern quod memoriae ſervandae gratia exiſtit, wie Ulpian ſagt *L. 2.*

aedificari teſtator iuſſerit, veluti in circuitum porticationes, eos ſumtus funeris cauſa non eſſe.

Nach dieſen Stellen iſt alſo zu den Leichenkoſten

1) alles dasjenige zu rechnen, was auf die Bekleidung, Erhaltung [64]) und das Bewachen des todten Körpers, nicht minder auf die äuſſere Bekleidung und Verzierung der Leiche aufgewendet worden iſt.

2) Was für den Sarg und deſſen Zubehörung, ingleichen für die Grabſtätte, Zubereitung und Verwahrung derſelben bezahlt worden iſt.

3) Das, was für das Führen oder Tragen der Leiche ausgegeben worden. Hat die Leiche erſt von einem andern Orte hergebracht werden müſſen, ſo gehört zu den Leichenkoſten nicht nur, was der Transport gekoſtet hat, ſondern auch das, was etwa dafür entrichtet wurde, daß die Leiche an dem Orte, wo der Verſtorbene verblichen war, ſo lange aufbewahrt wurde, bis ſie abgeholt werden konnte; ingleichen die Abgaben, welche bey dem Transport an Ort und Stelle an Wegegeldern oder ſonſt entrichtet werden mußten [65]).

Weiter

*L.* 2. *§.* 6. *D. h. t.* Man ſehe auch *L.* 42. *D. h. t.* und FESTUS *de Verbor. Signif.* h. v. Nun gehörte in Anſehung der Viceſima hereditatum nur *munimentum ſepulcri*, nicht aber *monumentum* zu den Begräbnißkoſten. S. Bachs unpartheyiſche Critic über juriſt. Schriften. 2. Band S. 133. ff.

64) Hierzu dienten die *Unguenta*, deren Macer *L.* 37. *pr. D. h. t.* Erwähnung thut. Man ſ. STRYK h. t. §. 60.

65) Die *L.* 37. *pr. h. t.* nennt ausdrücklich *Vectigalia*. Daß darunter ein Todtenzoll verſtanden worden, welcher aber nachher

Weiter geht die Beſtimmung des römiſchen Rechts nicht. Es können daher zu den privilegirten Leichenkoſten die auf die Errichtung eines Denkmals oder Monuments verwandte Unkoſten nicht gerechnet werden [66]). Sie giengen nicht einmal bey der Berechnung der Falcidie von der Erbmaſſe ab, weil man die Errichtung eines Monuments nicht für nöthig hielt [67]). Hatte auch der Erblaſſer ſolches befohlen, ſo ſahe man doch die dazu beſtimmte Summe als ein Legat an, das ſelbſt der Falcidie unterworfen war [68]). Nach dem römiſchen Rechte können auch die Trauerkleider der

her *L. ult. C. h. t.* wieder aufgehoben worden ſey, iſt ſchon oben S. 408. Not. 73. bemerkt worden. *Corn. van* BYNKERSHOEK in Quaeſtion. iuris public. Lib. II. cap. 22. iſt zwar anderer Meinung. Er glaubt der Zoll habe nicht von der Leiche, ſondern von den Pferden, die die Leiche führten, oder von dem Schiff, worauf die Leiche transportirt wurde, gegeben werden müſſen. Allein ſeine Meinung widerlegt eine Stelle des DIO CASSIUS Lib. LXII. init. Man ſehe auch *Herm.* CANNEGIETER Obſervation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 240

66) S. *Iac.* GUTHERIUS de iure manium. Lib. III. cap. 21.

67) Sabinus und Marcellus waren zwar verſchiedener Meinung. Erſter wollte das Monument von der Erbmaſſe abgerechnet haben, wenn die Errichtung deſſelben nöthig geweſen. Marcellus hingegen verwarf den Abzug für das Monument aus dem Grunde, weil ſolches nie nöthig ſey. Der letzten Meynung ſcheint Paulus *L. 1. §. ult. D. ad Leg. Falcid.* ſtillſchweigend ſeinen Beyfall gegeben zu haben. Anderer Meinung iſt jedoch VOORDA in Comm. ad Leg. Falcid. Cap. VIII. §. 13. pag. 170. ſqq.

68) S. Weſtphals ſyſt. Darſtellung der Rechte von Vermächtniſſen und Fideicommiſſen §. 1221.

der Verwandten des Verſtorbenen [69]) und die Koſten für das Trauermahl nicht zu den Leichenkoſten gerechnet werden [70]), da ſelbſt das römiſche Recht die Begräbnißkoſten nicht ausgedehnt wiſſen will. Noch weniger aber läßt ſich aus dem römiſchen Rechte erweiſen, daß die Koſten der letzten Krankheit des Verſtorbenen hierher gerechnet werden könnten, um mit der actione funeraria auf deren Erſatz zu klagen [71]).

Heutzutage kommt noch manches hinzu, was nach der heutigen Art, die Todten zu beerdigen, bey Leichenbegängniſſen aufgewendet zu werden pflegt. Man hat hierbey vorzüglich auf die Sitten und Gebräuche des Orts zu ſehen, wo die Leiche zur Erde beſtattet wird, darnach muß beurtheilet werden, was bey einem Begräbniß Ehrenhalber, dem Stand des Verſtorbenen gemäß, aufgewandt werden mußte.

69) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 68. KURRER Diſſ. de actione funerar. §. 38. und DABELOW vom Concurs der Gläub. S. 189.

70) S. Gottl. Aug. Jenichens hiſtor. und rechtliche Abhandlung von Begräbniß-Mahlzeiten und den auf ſolche verwendeten Unkoſten. Leipzig 1747. 4. §. 10. KURRER cit. Diſſ. §. 43.

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Anderer Meinung ſind zwar LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 29. *H.* LAMPE Diſſ. de privilegiis et iuribus ſingularibus medicorum. Sect. I. cap. II. §. 22. und andere mehr. Allein die Geſetze, worauf man ſich beruft, nämlich *L. 4. C. de petit. hered.* und *L. 3. Cod. de relig.* beweiſen dieſe Meinung nicht, wie WALCH in Diſſ. de privilegio medicorum creditorum in concurſu. *Ienae 1774.* und beſonders DABELOW vom Concurſe der Gläub. Cap. XXI. S. 597 — 599. ſehr einleuchtend dargethan haben.

mußte. Zu den Leichenkoſten gehören heutiges Tages z. B. auch die Leichengebühren der Geiſtlichen ſowohl, als anderer kirchlichen und weltlichen bey der Beerdigung nöthigen Perſonen; ferner der Aufwand für das Läuten der Glocken, nicht weniger für Flöre, Handſchuhe und Citronen, welche nach der heutigen Sitte die Träger bey Leichenbegängniſſen erhalten. Zweifelhaft aber iſt es, ob nicht heut zu Tage auch dasjenige als ein Gegenſtand der actio funeraria zu betrachten ſey, was zu Trauerkleidern der Verwandten oder der Bedienten des Verſtorbenen, desgleichen was auf das Trauermahl verwendet worden iſt. Viele[72]) tragen *kein* Bedenken, beydes zu bejahen. Allein eben ſo viele[73]) läugnen dieſes ſchlechterdings. Es kommt hierbey alles auf die Trauerordnung und die Gewohnheit eines jeden Orts, und dann auf die Vermögensumſtände des Verſtorbenen an[74]). Der bisherige Gerichtsgebrauch *hat* indeſſen faſt überall dem Vorſchuß für Trauerkleider und Trauer-

72) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. CARPZOV P. I. Conſtit. 28. Definit. 41. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIX. medit. 4. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXIV. *de* CRAMER Obſervation. iuris univ. Tom. IV. Obſ. 1011. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 31. RICHTER de iure et privil. creditor. Cap. II. Membr. IV. §. 3. MÜLLER ad *Struv.* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 88. not. $\alpha$. u. a. m.

73) BRUNNEMANN Comm. ad L. 14. §. 6. D. h. t. et in Praelect. de proceſſu concurſus creditor. Cap. V. §. 14. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 68. KURRER Diſſ. de actione funeraria. §. 38. et §. 43. Gmelin Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 83. DABELOW a. a. O. S. 596. Kori Syſtem des Concurs-Prozeſſes Lib. II. Cap. II. §. 8. S. 184.

74) S. Jenichens Abh. von Begräbniß-Mahlzeiten §. 10.

Trauermahl das Vorrecht der Leichenkoſten beygelegt[75]). Vermöge eines allgemeinen Gerichtsgebrauchs in Deutſchland, der durch eine Menge beſonderer Landesgeſetze unterſtützt wird, genießen denn auch die Koſten der letzten Krankheit des Schuldners das nämliche Vorrecht beym Concurs[76]).

Daß übrigens derjenige, welcher auf den Erſatz der aufgewandten Leichenkoſten klagt, dieſe Koſten ſpecificiren, und gehörig beſcheinigen müſſe, verſteht ſich. Eine ſolche ſpecifique Nachweiſung iſt ſchon darum nöthig, damit erhelle, daß kein überflüſſiger Aufwand gemacht worden ſey[77]). Sind dieſe Koſten ſehr mäßig, und dabey wahrſcheinlich, ſo wird der Gläubiger, in Ermangelung eines andern Beweiſes, zur eidlichen Beſtärkung gelaſſen[78]).

Hat Jemand zur Leichenbeſtattung Geld dargeliehen, und er fordert ſolches zurück, ſo muß er, wenn er auf das



75) BERLICH Concluſ. Pract. P. I. Concl. LXIV. nr. 88.—90. *a* PUFFENDORF Animadverſion. iuris. Animadv. CVI. *Io. Guil.* HOFFMANN Selectar. quae ad uſum fori ſpectant, Obſervation. Sylloge. Diſſertat. I. Obſervat. 11. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 3. Band. Erört. 36. S. 221. ff. und Claproths Einleitung in die ſämmtl. ſummar. Prozeſſe §. 392.

76) Claproth a. a. O. §. 339. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 4. DABELOW vom Conc. der Gläubiger Cap. XXI. S. 599. folgg. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4037. Nr. II.

77) S. BOETTICHER Diſſ. de ſumtibus pietatis Cap. XVII. nr. 17.

78) BRUNNEMANN Proceſſ. concurſus creditor. Cap. V. §. 14. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4037. nr. III.

Vorzugsrecht der Leichenkoſten beym Concurs Anſpruch machen will, nicht nur beweiſen, daß er das Geld zur Leiche namentlich dargeliehen habe, ſondern auch, daß es dazu wirklich verwendet worden ſey. Kann das letztere nicht bewieſen werden, ſo wird der Gläubiger an den verwieſen, dem er das Geld gegeben hat [79]). Sonſt aber wird dem Darleiher kein weiterer Beweis zugemuthet, wenn ihm nur ſonſt kein übermäßiger Aufwand zum Vorwurf gemacht werden kann [80]).

Noch entſteht die Frage, vor welchen Richter der Streit gehöre, welcher Begräbnißſachen zum Gegenſtande hat. Man unterſcheide. Der Streit betrifft entweder das Recht der Beerdigung ſelbſt, oder den dabey gemachten Koſtenaufwand. In erſten Falle erkennt das Conſiſtorium; in den letztern aber der weltliche Richter [81]). Bey den Römern war in ſolchen Sachen ehemals auch die Jurisdiction der aedilium curulium begründet [82]).

79) Gmelins Ordnung der Gläubiger. Kap. 2. §. 3. S. 81.

80) MEVIUS P. II. Deciſ. 223.

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 34. Iſt der Streit darüber, ob Jemand auf eine anſtändige Art zu begraben ſey, oder nicht, ſo behaupten viele, daß die Entſcheidung vor das weltliche Gericht gehöre. S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 5. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. ult. Allein andere behaupten, daß auch hier die Entſcheidung dem geiſtlichen Richter zukomme. CARPZOV Iurispr. Conſiſtor. Lib. II. Def. 378. nr. 6. und *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

82) S. PÜTTMANNI Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 3.

Lib. XI. Tit. VIII.

# De mortuo inferendo et ſepulchro aedificando.

§. 775.

Rechtsmittel gegen den, welcher einer rechtmäßigen Beerdigung, oder Errichtung eines Begräbniſſes Hinderniſſe in den Weg legt.

Wer von einem Andern widerrechtlich verhindert wird, einen Todten an einem Orte zu begraben, wo er dazu befugt iſt, kann ſich eines doppelten Rechtsmittels bedienen. Er kann entweder poſſeſſoriſch mit dem *Interdicto de mortuo inferendo* klagen, und das Geſuch dahin richten, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er ſich aller Stöhrung und Thätlichkeit enthalte, und den Imploranten ungehindert die Beerdigung des Verſtorbenen an dem beſtimmten Orte vornehmen laſſe; oder er kann petitoriſch mit der *actione in factum* auf das Intereſſe klagen, wenn er durch die Verhinderung des Beklagten genöthiget worden iſt, nun den Todten an einem andern Orte zu begraben, als wo die Beyſetzung deſſelben geſchehen ſollte. Dieſes Intereſſe begreifft unter andern den Werth der gekauften Grabſtätte, oder das Geld für einen dazu gepachteten Platz in ſich. Von beyden Rechtsmitteln handeln folgende Stellen.

*L.* 8. §. 5. *D. de religioſ.* Ei, qui prohibitus eſt inferre in eum locum, quo ei ius inferendi eſſet, *in factum actio* competit, et *Interdictum*: etiam ſi non ipſe prohibitus ſit, ſed procurator eius, quia intellectu aliquo ipſe prohibitus videtur.

*L.* 9. *D. eodem.* Liberum eſt ei, qui prohibetur, mortuum oſſave mortui inferre, aut ſtatim *Interdicto* uti, quo prohibetur ei vis fieri: aut alio inferre, et poſtea *in factum agere;* per quam conſequitur actor, quanti eius interfuerit, prohibitum non eſſe: in quam computationem cadit loci emti pretium, aut conducti merces; item ſui loci pretium, quem quis, niſi coactus, religioſum facturus non eſſet.

Von der *actio in factum* bemerkt Cajus in derſelben Stelle noch als etwas Beſonderes, daß dieſe *Klage nicht* auf die Erben übergehe, übrigens aber in Anſehung der Partheyen ſelbſt eine actio perpetua ſey. Er ſagt nämlich:

Unde miror, quare conſtare videatur, *neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem.* Nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipſos competit.

Die Sache an ſich iſt alſo auſſer Zweifel, wie das Wort *conſtare* andeutet. Allein mit der Natur der Klage, welche doch bloß auf das Intereſſe geht, kann dieſes Cajus nicht vereinigen. Cujaz [83]) weiß auch hiervon keinen hinreichenden Grund anzugeben. Eben ſo wenig Gerhard Noodt [84]). Sie berufen ſich zu ihrer Entſchuldigung auf

83) Obſervation. Lib. VIII. cap. 12.

84) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 271.

auf Julians Ausſpruch *L.* 20. *D. de Legibus*: Non omnium, quae a maioribus conſtituta ſunt, ratio reddi poteſt, wovon ſie hier ein neues Beyſpiel gefunden zu haben glauben. **Anton Faber** [85]) hingegen ſieht dieſe Klage als eine Art von Injurienklage an, weil es eine Beſchimpfung des Verſtorbenen, und zugleich eine Beleidigung des Erben ſey, wenn man eine rechtmäßig unternommene Beerdigung zu verhindern ſucht. Es bleibt ihm aber doch noch immer ein unerklärbares Räthſel, warum die Klage blos auf das Intereſſe geht. **Johann Voet** [86]) glaubt nun aber, dies alles nach ſeiner Anſicht erklären zu können. Daß die actio in factum als eine Art der Injurienklage anzuſehen ſey, leide nach *L. ult. Cod. de ſepulchro violato* keinen Zweifel. Da nun Injurien- und dieſen ähnliche Klagen nach §. 1. *I. de perpetuis et temporal. actionib.* nicht auf die Erben gehen, ſo dürfe es uns auch nicht wundern, wenn das Nämliche von der *actione in factum de mortuo inferendo* gelte. Das die Klage auf das Intereſſe geht, ſchade nichts. Auch die actio ſepulchri violati gehe nur auf das Intereſſe. Dieſes werde aber nicht blos nach der Größe des Schadens, ſondern auch nach der Größe der zugefügten Injurie beſtimmt, wie **Ulpian** *L.* 3. §. 8. *D. de ſepulcro violato* lehrt. In dieſe Idee ſtimmen die meiſten [87]) ein. **Nur Coccejus** [88]) glaubt, daß das Geſetz ganz anders zu verſtehen ſey, als es von allen dieſen Rechts-

 gelehr-

85) Rational. in Pandect. ad h. L. 9. Tom. II. pag. 574.

86) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 1.

87) S. *Iac.* GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 16. und *Corn. van* ECK Diſputat. III. de hereditariis actionib. Th. 8.

88) Iur. civ. controv. Lib. XI. Tit. 6. Qu. 3. in fin.

gelehrten erklärt worden iſt. Cajus, ſagt er, wundere ſich, wie es Rechtsgelehrten geben könne, welche den Satz, als eine ausgemachte Wahrheit aufſtellen, daß die actio in factum de mortuo inferendo nicht auf die Erben gehe. Dieſe Meinung widerlege er dadurch, daß dieſe Klage eine actio rei perſecutoria ſey, und leite daraus die Folge ab, daß die Klage auch eine actio perpetua ſey. Dies wäre ja falſch, wenn ſie nicht auf die Erben gienge. Allein, wenn gleich auch ſchon **Brunnemann**[89]) und nach ihm **Böhmer**[90]) die L. 9. eben ſo erklärt haben, ſo kann ich doch dieſer Meinung nicht beyſtimmen. Denn **Erſtens** wird das Wort *conſtare*, welches Cajus gebraucht hat, von den römiſchen Rechtsgelehrten immer in dem Sinn genommen, daß dadurch dasjenige ausgedrückt werden ſoll, was allgemein bekannten Rechtens, und durch den Gerichtsgebrauch beſtätiget war, wenn ſie es auch gleich nach theoretiſchen Gründen nicht immer billigten[91]). Nie aber wird

89) Commentar. ad L. 9. D. de religioſ.

90) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IV. §. 67. wo er ſagt: *Neque enim verba ultima cit. L. 9. negative intelligi poſſunt, cum potius ICtus aperte Diſſentientes refutet.*

91) S. *Guil. a* TEISTERBANT dict. BILDERDYK Obſervation. et Emendation. Lib. un. (*Brunovici 1806.* 8.) Cap. VII. pag. 67. ſagt: Verbum *conſtare* eo ſenſu accipiendum eſſe, ut et id, *quod manifeſto receptum ſit*, licet vel ſtrictiſſimi iuris analogiae adverſetur, comprehendat, dubium nullum eſt. *Conſtare* enim de eo, quod facti eſt, dicitur. Sic ULP. *L. 5. §. 1. D. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Hinc *conſtare* pro *manifeſtari* dicitur *L. 1. pr. D. de obſequiis a lib. et libert praeſt. L. 1. §. fin. D. de Quaeſt. §. 18. I. de except.* Alias pro *certum* vel *pro comperto eſſe* LIB. *XXVII. 44.* Sic *de iure recepto*, quod tamen non probat, CAJUS *L. 9. D. de religioſ.*

wird es in dem Sinn gebraucht, um die Meinung diſſentirender Rechtsgelehrten anzudeuten. Zweytens lehrt der ganze Zuſammenhang, daß die Worte certe perpetuo ea *inter ipſos* competit, blos auf die Parthenen ſelbſt, nämlich auf den prohibentem und prohibitum, gehen. Drittens hat Lauterbach [92]) ſehr gründlich bemerkt, daß eine Klage an ſich eine actio perpetua ſeyn könne, und doch nicht auf die Erben übergehe, wie z. B. die actio furti. Cujaz nimmt auch noch ein Argument aus den Baſiliken her, in deren Libro 59. die *L.* 9. auf folgende Art ins Kurze gefaßt ſeyn ſoll: *Haec actio neque heredi neque in heredem datur, et perpetua eſt.* Allein in der Fabrotiſchen Ausgabe ſteht die *L.* 9. nicht. Es iſt alſo wohl an ſich keinem weitern Zweifel unterworfen, daß die *actio in factum de mortuo inferendo* nach der *L.* 9. *cit.* nicht auf die Erben gehe, wie auch Joh. Ortw. Weſtenberg [93]) ganz richtig behauptet; und man kann ſich die Verwunderung des Cajus ganz leicht erklären, weil doch immer zwiſchen dieſer Klage und der eigentlichen Injurienklage, ein großer Unterſchied iſt, wenn auch, wie man allerdings zu glauben Grund hat, der römiſche Gerichtsgebrauch eine Aehnlichkeit zwiſchen beyden Klagen gefunden haben ſollte, wie dies alles Ulrich Huber [94]) zur Ehre des Cajus vortreflich ausgeführt hat.

Um jedoch wieder auf das *Interdictum de mortuo inferendo* zu kommen, ſo hat ſolches Ulpian *L.* 1. *pr.* und

§. 1.

92) Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XI. Tit. VII. §. 20. et 21.

93) Princip. iuris ſec. ord. Digeſtor. h. t. §. 56.

94) Eunomia Roman. (*Franequerae 1700. 4.*) Lib. XI. ad h. L. 9. de relig. pag. 457. ſqq.

§. 1—4. *D. h. t.* auf folgende Art ausgedrückt und erläutert:

Praetor ait: *Quo quave illi mortuum inferre invito te ius eſt, quominus illi eo eave mortuum inferre, et ibi ſepelire liceat, vim fieri veto.*

§. 1. Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur [95]) inferre. *Prohiberi* autem *inferre* videtur, ſive in locum inferre prohibeatur, ſive itinere arceatur.

§. 2. Hoc *interdicto de mortuo inferendo* dominus proprietatis uti poteſt: quod etiam de loco puro competit.

§. 3. Item ſi mihi in fundum via debeatur, in quem fundum inferre volo, et via prohibear, *hoc interdicto* poſſe me experiri, placuit: quia inferre prohibeor, *qui* via uti prohibeor: idque erit probandum, et ſi alia ſervitus debeatur.

§. 4. Hoc *Interdictum* prohibitorium eſſe palam eſt.

Nach dieſen Stellen hat alſo das *Interdictum de mortuo inferendo* Statt, wenn Jemand auch nur verhindert wird, eine Leiche über eines Andern Grundſtück zu führen, auf welchem ihm vermöge einer Servitut dazu das Recht zukommt [96]).

Noch ein anderes Interdict, wovon in dieſem Titel gehandelt wird, findet in dem Falle Statt, wenn Jemand un-

95) i. e. *non debet prohiberi.* S. POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 345.

96) Man ſehe noch von dieſem Interdict *Iac.* GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 14.

unrechtmäßig die Errichtung eines Grabmals verhindert. Dies iſt das *Interdictum de ſepulcro aedificando*, wovon **Ulpian** *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* die Worte auf folgende Art aufgezeichnet hat:

Praetor ait: *Quo illi ius eſt invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco ſepulcrum ſine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.*

Wenn **Ulpian** §. 6. hinzufügt: Interdictum propterea propoſitum eſt, *quia religionis intereſt*, monumenta exſtrui et exornari, ſo dachte wohl dieſer Römiſche Juriſt, als Heide, unſtreitig an die Sacra Deorum Manium, welche bey den Grabmälern jährlich angeſtellt wurden, und welche man *Inferiae* zu nennen pflegte. Deswegen wurden bey den Gräbern der heidniſchen Römer Altäre erbauet, und Monumente errichtet, in welchen man die zum Opfern nöthigen Geräthſchaften aufbewahrte [97]). Es war daher Sache der Religion, die Errichtung der Monumente nicht zu verhindern [98]); und **Ulpian** ſagt in dieſer Hinſicht *L. ead.* §. 7.

97) Von dieſem cultu Deorum manium oder Inferiis haben GUTHERIUS de iure Manium Lib. II. cap. 11. KIRCHMANN de Funerib. Romanor. Lib. IV. cap. 2. und WUNDERLICH de Uſu inſcription. veter. Rom. maxime ſepulchral. Obſ. 3. §. 11. ausführlich gehandelt.

98) BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 68. not. u. ſagt daher ganz richtig: RELIGIO haec, (cuius ſc. meminit *Ulpian.*) erat *ille cultus gentilium*, *quem diis manibus exhibebant,* quos etiam adorabant. SENECA *Epiſt.* 86. Hic cultus deſiderabat aras et monumenta, quae tandem tot infinita templa produxere, quot fere heroum ſepulchra Romae erant. Haec ratio erat,

§. 7. Facere ſepulchrum ſive monumentum in loco, in quo ei ius eſt, nemo prohibetur; i.e nemo prohiberi debet. Es gieng auch dies nicht blos auf Errichtung eines neuen, ſondern auch auf die Reparatur oder Wiederherſtellung eines baufälligen Monuments; wie **Ulpian** §. 9. *eod.* ſagt: Aedificare autem non ſolum, qui novum opus molitur, intelligendus eſt, verum is quoque, qui vult reficere. Allein an dieſen heidniſchen Aberglauben konnte wohl **Tribonian** nicht mehr denken, welcher die Worte *religionis intereſt*, beybehielt. Die Beerdigung ſelbſt wird aber doch auch nach dem heutigen Kirchenrechte immer noch als eine religiöſe Handlung angeſehen, und da die Gräber nach dem katholiſchen Kirchenrecht benedicirt werden, ſo läßt ſich die Beybehaltung dieſer Worte auch wohl noch jetzt vollkommen vertheidigen. Da indeſſen das *Interdictum de ſepulcro aedificando* nur gegen den geht, welcher die Errichtung oder Ausbeſſerung eines Grabmals zu hindern ſucht, ſo ſcheint der Grund, welchen Kaiſer **Gordian** *L. 7. C. de religios.* anführt, nämlich: *cum iure ſuo eorum, quae minus prohibita ſunt, unicuique facultas libera non denegetur*, der Sache allerdings angemeſſener zu ſeyn. Das Geſuch wird übrigens darauf gerichtet, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er den Imploranten an der Errichtung oder Ausbeſſerung ſeiner Grabſtätte nicht hindere.

Der heutige Gebrauch dieſer Interdicte läßt ſich mit Grund nicht bezweifeln, und es kommen ſelbige beſonders bey Erb-

erat, quod monumentorum exſtructio, tanquam res *pia* et *religioſa*, per interdicta celerrime expediri debuerit.

Erb- und Familienbegräbniſſen zur Anwendung [99]). Kommt es auf ein gegenwärtiges Begräbniß an, wo die Sache keinen Aufſchub leidet, ſo finden heutzutage auch Mandata ſine clauſula Statt [100]).

99) STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 1. und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

100) S. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 66. und *de* COCCEJI c. l. Qu. 1. in fin.

---

## Lib. XII. Tit. I.

# De rebus creditis, ſi certum petatur, et de condictione.

### §. 776.

### Erklärung der Rubrik dieſes Titels.

In dem dritten Theile der Pandecten, welcher mit dem 12. Buche angehet, wird hauptſächlich von den verſchiedenen Contracten und den daraus entſpringenden Klagen gehandelt. Der Anfang wird mit den benannten Realcontracten gemacht, jedoch ſo, daß ſie in keiner Ordnung auf einander folgen, ſondern immer dabey andere Lehren mit eingemiſcht werden. In dieſem Titel wird unter der Aufſchrift *de rebus creditis* hauptſächlich vom Darlehn gehandelt. Allein in dem Edicto perpetuo wurde, wie Ulpian ſelbſt L. 1. *h. t.* bemerkt, unter dieſer allgemeinen Rubrik nicht blos von *mutuo*, ſondern auch von den übrigen Realcontracten gehandelt, in welchen wir uns auf die Treue eines Andern verlaſſen müſſen, z. E. vom commodato und pignore. Es iſt daher nöthig, den Sinn der Rubrik zuvörderſt etwas genauer zu erklären.

Das Wort *credere*, welches hier gebraucht wird, heißt in der allgemeinen Bedeutung ſo viel, als alienam fidem ſequi, alſo zu Jemandem das Zutrauen haben, er werde ge-

geneigt ſeyn, eine übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen. In dieſer Bedeutung wird daher auch das Wort *credere* von commodato, depoſito und pignore gebraucht. Nam cuicunque rei adſentiamur, alienam fidem ſecuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, *credere* dicimur, ſagt **Ulpian** *L. 1. cit. h. t.* Daher wird auch das Wort *res* von dem Prätor nicht blos von fungiblen Sachen gebraucht, welche den Gegenſtand des Darlehns ausmachen, ſondern es wird in dem Edict im generellen Sinn genommen, ſo daß es auch auf die übrigen Realcontracte paßt, von denen der Prätor unter der Aufſchrift *de rebus creditis* gehandelt hat. Zu dem Ende fügt **Ulpian** ſeiner Erklärung von dem Wort *credere* noch hinzu: *Rei* quoque verbum, ut generale, Praetor elegit. Denn das Wort *res* hat eine ausgedehntere Bedeutung als *pecunia*, wie **Paulus** lehrt, wenn er *L. 5. D. de Verb. Signif.* ſagt REI appellatio latior eſt, quam PECUNIAE, quae etiam ea, *quae extra computationem patrimonii noſtri ſunt*, continet: cum *pecuniae* ſignificatio ad ea referatur, quae in patrimonio ſunt. In einer engern Bedeutung hingegen heißt *credere* ſoviel, als mutuo dare, darleihen, ſo wie es auch *L. 1. pr. L. 3. §. ult.* und *L. 5. D. ad SCtum Macedon. L. 4. pr. D. de reb. credit.* gebraucht wird. Ob nun gleich in dieſem Titel der Pandecten hauptſächlich vom Darlehn, von den übrigen Realcontracten aber, nämlich dem commodato, depoſito, und pignore, in andern beſondern Titeln gehandelt wird; ſo muß dennoch bey Erklärung der Ueberſchrift dieſes Titels die generelle Bedeutung von dem Worte *credere* zum Grunde gelegt werden. Es erhellet dies unter andern vorzüglich aus *L. 2. §. 3. D. h. t.* wo **Paulus** ſagt: *Creditum* ergo a *mutuo* dif-

differt, qua genus a ſpecie: nam *creditum* conſiſtit[1]) extra eas res, quas pondere, numero, menſura continentur: ſicut, ſi eandem rem recepturi ſumus, creditum eſt.

Eben dies beweiſen auch die Baſiliken[2]), in welchen es gleich im Anfange dieſes Titels heißt: Περὶ διαφόρων συναλλαγμάτων ὁ παρὼν διαλαμβανων τίτλος ἐπιγέγραπται, περὶ πραγμάτων χρεωστουμένων. καὶ τὸ πρᾶγμα γὰρ γενικὸν ἐστι, καὶ χρεωστούμενον λέγεται τὸ ἐξ οἱουδήποτε χρεωστούμενον συναλλάγματος. i. e. *Hic titulus, in quo de variis contractibus agitur, inſcribitur de rebus creditis: eſt enim rei verbum generale, et creditum dicitur, quod ex quocunque contractu debetur.* Anton Contius[3]), Wilh. Barclajus[4]) und Emund Merillius[5]) haben daher nicht unrecht, wenn ſie dieſen Titel noch jetzt für einen generellen Titel halten, und die Worte *de rebus creditis* von allen den Contracten erklären, welche wir mit einem andern in dem Vertrauen ſchließen, er werde zu ſeiner Zeit das Empfangene entweder in Natur zurückgeben, oder in derſelben Art und Güte wieder erſtatten.

Die

1) Hier iſt das Wort *etiam* zu verſtehen, wie POTHIER in Pand. Iuſt. h. t. Nr. XIX. not. l. bemerkt. Haloander hat es auch eingeſchaltet.

2) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Conſt. 1. pag. 219.

3) Disputat. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

4) Commentar. ad h. Tit. Pand. (in *Ev.* OTTONIS Theſ. iur. Rom. Tom. III. pag. 806.)

5) Comm. ad h. Titul. bey OTTO c. l. pag. 655.

Die folgenden Worte: *Si certum petatur, et de condictione*, werden auf verſchiedene Art erklärt. **Gerhard Noodt**[6]) hält ſie für die Anfangsworte des prätoriſchen Edicts, welches er auf folgende Art reſtituirt: *Si certum petatur rerum creditarum nomine, condictionem dabo.* Mit ihm ſtimmt auch **Barclajus**[7]) überein, welcher den Sinn durch eine Verſetzung der Worte auf folgende Art beſtimmt: *et de condictione ſi certum petatur.* Es werde alſo hierdurch angezeigt, daß in dieſem Titel auch von der condictione certi, quae competit ex omni cauſa et obligatione, ex qua certum petitur, wie es in der *L.* 9. heißt, jedoch inſonderheit vom Darlehn, und der daraus entſpringenden Klage gehandelt werde. **Janus a Coſta**[8]) und **Joh. Göddäus**[9]) hingegen erklären die Worte: *Si certum petatur*, de mutuo; und die letztern Worte *et de condictione* verſtehen ſie de omni condictione, ex qua certum petitur ſive ex mutuo, ſive ex alia quacunque cauſa et obligatione. Dieſe Erklärung, welche auch **Merillius**[10]) annimmt, beſtätigt beſonders *L. 9. D. h. t.* wo **Ulpian** ſagt; *Certi condictio* competit ex omni cauſa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: ſive ex certo contractu petatur, ſive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo prae-

6) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 275.

7) Cit. loc. pag. 806.

8) Praelection. ad illuſtriores quosd. Titulos locaque ſelecta iuris civ. pag. 178.

9) Commentar. de rebus creditis, ſive de mutuo. *Goslariae* 1618. 8. Prolegom. nr. 48. et 49. pag. 17.

10) Cit. loc. in *Theſaur. Ottonian.* Tom. III. pag. 655.

praeſens ſit obligatio. Es geſchieht auch hin und wieder in den Geſetzen dieſes Titels der verſchiedenen Arten der Condictionen Erwähnung, als *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* der condictio ob iniuſtam cauſam, *L.* 9. §. 1. *D. eodem.* der condictio ex cauſa furtiva, und *L.* 22. *D. eodem.* der condictio triticaria.

## §. 777.

### Begriff vom Darlehn. Unterſchied deſſelben vom *Creditum.*

Von den Realcontracten iſt nun das Darlehn [11]), *Mutuum*, der erſte, von welchem hier zu handeln iſt. Es wird

11) Außer MERILLIUS, BARCLAIUS, GOEDDAEUS und *Ianus a* COSTA, welche bereits angeführt worden, ſind noch folgende Schriften hier vorzüglich zu bemerken. *Iacobi* CUJACII Recitationes ſolemnes ad Tit. Pand. de rebus creditis; in *Eius Operib. poſtum.* Tomi IV. P. I. (*Paris.* 1658. f.) pag. 654. ſqq. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tractat. ſynopt. de mutuo, litterarum obligatione, et querela non numeratae pecuniae. *Tubingae* 1663. *Io. Pet. de* LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. *Halae* 1715. 4. *Sac. Herm. ab* IDSINGA Diſput. de mutuo et veteri litterarum obligatione, praeſ. *Abrah.* WIELING, *Franequerae* 1736. habita. (in *Ger.* OELRICHS *Theſ. novo Diſſertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. 2.) *Theodor. Lambert.* PRINS Specim. iurid. de iis, quae ſunt ſingularia in mutuo. *Lugduni Batavor.* 1785. 4. In den Pandectes françaices par RIFFÉ-CAUBRAY et DELAPORTE Tom. XIV. wird auch pag. 70. le Traité du Pret de conſomption par M. POTHIER angeführt, den ich aber nicht kenne. Als practiſche Schriftſteller ſind noch vorzüglich zu empfehlen *Io. Frid.* KOBE Commentatio iur. praeſ. german. de pecunia mutuaticia tuto collocanda. *Goettingae* 1761. 4. und Chriſt. Gottl. Gmelin von Aufſätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverſchreibungen insbeſondere. Tübingen 1790. 8.

wird darunter derjenige Realcontract verſtanden, wodurch das Eigenthum an einer beſtimmten Art von Sachen, welche ſich von andern ihrer Art nur durch ihre Quantität unterſcheiden, auf den Andern unter der Bedingung übertragen wird, daß er dereinſt das Empfangene in gleicher Qualität und Quantität wieder erſtatten ſolle. Die Perſonen, welche den Contract ſchließen, ſind der Darleiher, *mutuo dans* (nicht *mutuans*); und der Darlehnsempfänger oder Darlehnnehmer, *mutuans*, (nicht *mutuatarius*) [12]). Jener wird auch der Gläubiger, (*creditor*) dieſer aber der Schuldner (*debitor*) genennt. In den Geſetzen wird das Darlehn auf folgende Art definirt. *Mutui datio*, ſagt **Juſtinian** in *Princip. I. Quibus mod. re contrah. obligat.* in iis rebus conſiſtit, quae pondere, numero, menſurave conſtant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non eaedem res, ſed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur [13]): unde etiam *mutuum* appellatum ſit; quia



12) Denn *mutuare* oder *mutuari* heißt im ächt lateiniſchen Sinn nicht ein Darlehn geben, ſondern ein Darlehn empfangen. S. *Car. Ant.* DUCKER de Latinitate ICtor. veterum. pag. 344. not. 5. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 149.

13) Statt *quandoque* leſen zwar die Ruſſardiſche, Charondaiſche und Gothofrediſchen Ausgaben *quoniam*. Allein daß quandoque geleſen werden müſſe, haben *Ant.* AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. c. 7. u. *Ioſ.* NERIUS Analector. Lib. I. c. 21. gezeigt. Dieſe Leſeart findet man auch in der Ausgabe des Hugo a Porta, und des Baudoza Ceſtius. In

ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat* [14]). Vergleicht man mit dieſem Begriff den meinigen, ſo werden beyde in

In den meiſten Ausgaben geht auch mit den Worten *et quandoque* eine neue Periode an, und faſt alle leſen *reddantur*. Allein ſchon Ruſſard hat in ſeiner Ausgabe der Inſtitutionen (*Lugduni* 1560. f.) ad pr. I. Quib. mod. re contr. obl. not. v. pag. 598. bemerkt: hic ita eſſe interpungendum: *fiant*, et *quandoque — reddantur*; und dieſe Leſeart und Interpunction kann ich durch eine ſeltene Ausgabe, welche *Venetiis per* BAPTISTAM DE TORTIS MCCCCLXXXXV. fol. erſchienen iſt, und die ich ſelbſt beſitze, beſtärken, aus welcher ich die oben angeführte Stelle, ſo wie ſie dort lautet, genommen habe. Eben dieſe Leſeart billiget auch vorzüglich *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejuſt. ad *Caji* Inſtitut. Lib. II. Tit. 9. §. 1. not. 17. und erweißt deren Richtigkeit noch beſonders aus den Inſtitutionen des Cajus, wo es heißt: *Quae omnia numerando, aut penſando, aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos, ſtatuto tempore, non ipſae res, ſed aliae eius naturae, quales datae ſunt, atque ipſius ponderis, numeri vel menſurae reddantur.*

14) Eben dieſe Etymologie findet man *L. 2. §. 2. D. h. t. Hug.* GROTIUS in Florum ſparſ. ad ius Iuſtinian. cit. Tit. Inſtit. p. 63. giebt dieſer Derivation vollen Beyfall. Andere hingegen leiten das Wort mutuum nach VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. von *μοῖτον*. her, z. B. OISELIUS ad Cajum Lib. II. Inſtitut. Tit. 9. Not. 23. in SCHULTINGII Iurispr. Antej. pag. 149. und SALMASIUS de Uſuris pag. 35. Es bemerkt jedoch GROTIUS a. a. O. daß auch das Wort *μοῖτον* aus *μοι* und *τεὸν* zuſammengeſetzt ſey. Dem großen Cujaz hingegen gefällt keine von beyden Derivationen; ſondern er will Obſervation. Lib. XI. cap. 37. das Wort *mutuum* lieber von mutare ableiten, weil im Darlehn eine Quantität gleichſam mit der andern vertauſcht wird. Ihm ſtimmen VIGLIUS ZUICHEMUS in Praelect. ad L. 2. D. de reb. cred.

in den weſentlichen Beſtimmungen wohl nicht unterſchieden ſeyn. Cujaz [15]) ſagt hingegen: *Mutuum* eſt creditum quantitatis, datae ea lege, ut eadem ipſa quantitas reddatur in genere non in ſpecie eadem. Allein wenn gleich **Paulus** [16]) lehrt: das *Creditum* ſey vom *mutuo* unterſchieden, wie genus a ſpecie; ſo hat doch ſchon Gödäus [17]) gegen dieſen Begriff nicht ohne Grund erinnert, daß das *Creditum* ein gar zu entferntes genus ſey. Denn *Creditum* heißt überhaupt quodcunque ex qualibet cauſa debetur, wie Cajus ſagt *L.* 11. *D. de Verb. Sign.* es rühre aus einem Contract oder aus einem andern rechtlichen Grunde her [18]). Es iſt daher zwiſchen *Creditum* und *mutuum* ein vielfacher wichtiger Unterſchied, auf den uns **Paulus** ſelbſt *L.* 2. *§.* 3. *et* 4. *D. h. t.* aufmerkſam macht. Nämlich

1) das Darlehn beſteht blos in ſolchen Sachen, deren Werth durch Zahl, Maaß und Gewicht beſtimmt wird,

 und

cred. nr. 84. TURNEBUS in Adverſar. Lib. X. cap. 25. VOSSIUS in Etymologico v. *Mutuum.* IDSINGA cit. Diſſ. Cap. III. §. 4. u. m. a. bey. Von allen weicht *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. Iuris civ. Cap. 39. ab. Er ſucht ſehr ſinnreich beyde letztere Meynungen auf folgende Art zu vereinigen. Von den Subſtantiv *μοῖτον*, ſagt er, welches ſoviel als *Χάρις ἀμοιβός* heißt, kommt das Wort *μοιτᾶν*, und davon das Lateiniſche *mutare* her, wovon denn das Wort *mutuum* zu deriviren ſey.

15) Cit. Recitat. ad L. 2. D. h. t. pag. 658.

16) *L.* 2. *§.* 3. *D. h. t.*

17) Commentar. de rebus creditis. Cap. I. nr. 13. pag. 43.

18) Ueber die Vieldeutigkeit des Worts *Creditum* vergleiche man LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 4.

und welche ſich durch andere Sachen von der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dergeſtalt erſetzen laſſen, daß die eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann. Von dieſer Art ſind z. B. Geld, Getraide, Wein. u. dgl. Andere Sachen können darum kein Gegenſtand des Darlehns ſeyn, weil man dem Gläubiger nicht, ſtatt des ſchuldigen Objects, etwas anders wider ſeinen Willen aufdringen kann. Hingegen ein *Creditum* kann in allen Arten von Sachen beſtehen, ſie mögen Quantitäten oder Species ſeyn. Hier kann alſo auch das gegebene Individuum zurückgefordert werden. Allein nie im Darlehn [19]). **Paulus** giebt dieſen Unterſchied *L.* 2. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* folgendermaßen an. *Mutui datio* conſiſtit in his rebus, *quae pondere, numero, menſura conſiſtunt*: quoniam eorum datione poſſumus in creditum ire [20]), *quae in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quam ſpecie* [21]). Nam in caeteris

19) *L.* 2. *pr. D. h. t.* Mutuum damus, recepturi non *eandem ſpeciem*, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depoſitum) ſed *idem genus.*

20) Die Worte *in creditum ire* ſind hier in der engern Bedeutung zu nehmen für mutuum contrahere. S. *Franc.* DUARENUS Disputat. anniverſar. Lib. I. cap. 14. IDSINGA cit. Diſſ. Cap. III. §. 9. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. Nr. XIX. not. b. Eine andere Erklärung macht *Deſid.* HERALDUS Obſervation. et Emendation. Lib. cap. 15. (In *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1327. ſq.)

21) Das heißt, deren Wiederbezahlung nicht durch das Individuum, welches der Schuldner zum Darlehn empfieng, ſondern vielmehr durch andere Sachen von derſelben Art und Güte geleiſtet wird. Die bey dieſer Stelle von SALMASIUS, GOTHOFREDUS, BYNCKERSHOEK und IDSINGA verſuchten Emendationen über-

ris rebus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt. — *Creditum* autem conſiſtit etiam extra eas res, quae pondere, numero, menſura continentur: ſicut, ſi eandem rem recepturi ſumus, *creditum* eſt. **Theophilus** giebt in ſeiner griechiſchen Paraphraſe [22]) noch einen andern Grund an, warum das Darlehn blos in fungiblen Sachen beſtehen könne. Er ſagt nämlich: ἕκαστος γὰρ δανείζεται ἐπὶ

übergehe ich mit Stillſchweigen, da ſie ganz unnöthig ſind, und bey allen im Weſentlichen derſelbe Sinn herauskommt. Ich beziehe mich vielmehr der Kürze wegen auf *Aug. Frid.* SCHOTT Proluſio, qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur; in EIUS *Opuſcul. iurid.* pag. 212. ſqq. und VINNII Commentar. ad princ. I. Quib. mod. re contrah. obligatio. nr. 3. et 4. Man ſehe auch, was hiervon ſchon bey einer andern Gelegenheit, im 2. Bd. dieſes Commentars §. 172. S. 154. f. Not. 52. geſagt worden iſt. Höpfner im Commentar über die Heineccißchen Inſtitutionen §. 765. Not. 1. glaubt, durch die Einſchiebung der Partikul tam werde die Stelle ziemlich deutlich. Andere ſchalten potius oder magis ein. Daß *quam* öfters in den römiſchen Claſſikern für potius oder magis quam gebraucht wird, haben *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. IV. cap. 8. KIRCHMAIER in Opuſcul. de Latinitate Digeſtor. pag. 67. et pag. 74. und PRINS cit. Diſſ. Cap. I. §. 3. aus mehreren Beyſpielen erwieſen, und *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXV. §. 2. macht hierbey die Bemerkung, daß das *magis* hier nicht comparative, ſondern θετικῶς für tantum zu erklären ſey, wie es auch im *§. 1. I. Quib. mod. re contrab. obligat.* und *L. 1. D. Comm. divid.* gebraucht wird. Man ſehe auch CUJACIUS Obſervat. Lib. II. cap. 39. und *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 1. fol. 446. b. ſq.

22) *Paraphr. Graec. Inſtitut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. p. 617. edit. *Reitz.*

ἐπὶ τῷ ταῦτα δαπανῆσαι εἰς οἰκείας χρείας, καὶ ἀντὶ αὐτῶν ἕτερα ἀποδοῦναι· εἰ δὲ αὐτὰ ἀναγκάζεται ἀποκαθιστᾷν, περιττὸν τὸ δανείζεσθαι. i. e. *Mutuo enim unusquisque accipit, ut id in uſus ſuos impendat, et pro eo aliud reddat. Si vero idem cogitur reſtituere, ſupervacuum eſt mutuari.*

2) Das Darlehn erlangt erſt durch die Uebergabe ſeine Exiſtenz. Eine bloße Zuſage iſt nicht hinreichend. Denn es iſt ein Realcontract. Allein ein *Creditum* kann auch durch ein bloßes Verſprechen entſtehen. **Paulus** ſagt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* Item *mutuum* non poteſt eſſe, niſi proficiſcatur pecunia [23]). *Creditum* autem interdum, etiamſi nihil proficiſcatur, veluti ſi poſt nuptias [24]) dos promittatur.

Ein

23) i. e. niſi pecunia, ſeu res mutuaticia transferatur in accipientem. S. BARCLAIUS in Comm. ad h. L. 2. §. 3. D. h. t. (bey OTTO Tom. III. pag. 817.) *Ioſ. Caſp.* KIRCHMAIER in Opuſcul. de Latinitate Digeſtor. et Inſtitution. (cum. praef. *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.) pag. 91. und *Chriſt. Henr.* ECKHARD in Hermeneut. iur. Lib. I. §. 101. zählen den Ausdruck *pecunia proficiſcitur* unter die juriſtiſchen Eleganzien. In den *Baſilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. pag. 220. heißt es: καὶ τὸ μὲν δάνειον ἔχει δόσιν, τὸ δὲ χρέος κἂν μηδὲ δοθῇ, συνίσταται. i. e. et *mutuum quidem dationem habet: creditum autem, etiamſi nihil detur, conſiſtit.*

24) ſc. *contractas*, non per divortium diſſolutas. Die Worte *poſt nuptias* ſind darum beygefügt, weil das vor Schließung der Ehe geſchehene Verſprechen eines Heyrathsguts anders nicht von Wirkung iſt, als wenn die Ehe wirklich erfolgt. S. CUJACII Recitat. ad §. *Creditum* Legis 2. D. h. t. Tom. IV. *Oper.* pag. 666. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. Nr. XIX. not. c.

Ein *Creditum* kann auch durch eine verborum obligatio contrahirt werden, aber kein *mutuum*, wie ebenfalls Paulus *L. cit.* §. 5. *eodem* noch bemerkt, wenn er ſagt: Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interpoſito, veluti ſtipulatione.

3) Ein Darlehn kann nur derjenige geben, welcher Eigenthümer der Sache iſt, oder es mit Einwilligung des Eigenthümers thut. Ein *Creditum* hingegen kann auch von einem Nichteigenthümer contrahirt werden, wenn er z. B. Jemandem eine fremde Sache leihet, verpfändet oder deponirt. Auch dieſen Unterſchied bemerkt Paulus, wenn er *L.* 2. § 4. *D. h. t.* ſagt: In mutui datione oportet *dominum eſſe dantem*, nec obeſt, quod filiusfamilias et ſervus, dantes peculiares nummos, obligant: id enim tale eſt, quale, ſi voluntate mea tu des pecuniam; nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.

4) Im Darlehn wird die Sache in der Abſicht gegeben, daß der Empfänger Eigenthümer der dargeliehenen körperlichen Sache werden ſoll. Allein ein *Creditum* kann auch ohne dieſe Abſicht contrahirt werden. Ein Mutuum hingegen iſt ungültig, in welchem das Eigenthum nicht auf den Empfänger übertragen wird. Paulus ſucht dieſes ſogar aus dem Namen *mutuum* abzuleiten, wenn er *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* ſagt: Appellata eſt autem *mutui datio* ab eo, *quod de meo tuum fit:* et ideo ſi non fiat tuum, non naſcitur obligatio; und Cajus ſagt eben dieſes ganz deutlich *L.* 1. §. 1. *D. de obligat. et actionib.* wo es heißt: *Mutui datio* conſiſtit in his rebus, quae pondere numero menſurave conſtant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata: *quas res in hoc damus, ut fiant accipien-*

*pientis*, poſtea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. Dieſen Zeugniſſen verdient noch die Stelle aus des Theophilus griechiſchen Paraphraſe der Inſtitutionem [25]) beygefügt zu werden, wo er ſagt: Δάνειον δέ ἐςι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, ἐιναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποςάσεως καὶ ποσότητος. i. e. MUTUUM *autem eſt, ut accipiens fiat dominus, ſed nobis obligatus ſit non in eadem illa, ſed in alia eiusdem ſubſtantiae et quantitatis re.* Endlich

5) im Darlehn iſt der Schuldner verbunden, das Empfangene in der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dereinſt wieder zurückzuzahlen. Paulus ſagt *L.* 3. *D. h. t.* In mutuo id agi intelligitur, *ut eiusdem generis et eadem bonitate ſolvatur, qua datum ſit.* Es iſt daher kein Darlehn, wenn ausgemacht worden, daß eine Sache von ganz anderer Art z. B. ſtatt Korns, Wein wiedergegeben werden ſolle. Ein ſolches Creditum würde vielmehr ein contractus innominatus ſeyn [26]). Paulus hat dies ebenfalls in der oben gedachten Stelle bemerkt, wenn er *L.* 2. *pr. D. h. t.* ſagt: Si *aliud genus*, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum.*

## §. 778.

### Gegenſtand des Darlehns.

Um den Gegenſtand des Darlehns zu bezeichnen, ſagt man gewöhnlich, das Darlehn beſtehe in ſolchen Sachen, die

25) *Paraphraſ. graec. Inſtitut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. pag. 616. der Reitz. Ausgabe.

26) *L. ult. D. de praeſcript. verb.* S. *Ioſ.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 7. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 274.

die durch Maas, Zahl und Gewicht beſtimmt werden [27]). Nun iſt zwar nicht zu läugnen, daß auch in den Geſetzen [28]) geſagt wird: *Mutui dationem* in iis rebus conſiſtere, *quae pondere, numero, menſurave conſtant.* Allein man irrt, wenn man glaubt, daß hierin der weſentliche Charakter derjenigen Sachen beſtehe, die den Gegenſtand des Darlehns ausmachen. Denn ſonſt würde daraus folgen, daß auch Aecker, welche, wie Paulus [29]) ſagt, durch Maas beſtimmt, und darnach verkauft werden können, ein Object des Darlehns ſeyn könnten, welches doch offenbar ungereimt ſeyn würde. Es konnte auch gar nicht die Meinung der Geſetze ſeyn, nach ſolchen äußerlichen und zufälligen Umſtänden, dergleichen die Art iſt, wie man Sachen in gemeinem Verkehr zu behandeln pflegt, den Begriff von einer Art Sachen zu beſtimmen, der auf das Geſchäft ſelbſt, deſſen Gegenſtand ſie ausmachen, einen ſo wichtigen Einfluß hat. Es erhellet vielmehr theils aus den in den angezeigten Geſetzſtellen enthaltenen Beyſpielen von Sachen, worin ein Darlehn gegeben werden kann, theils aus der näheren Beſtimmung, welche Paulus *L. 2. §. 1. D. h. t.* angiebt, res, *quae magis in ſuo genere functionem recipiunt per ſolutionem,* quam in ſpecie, daß der weſentliche Charakter derjenigen Sachen, welche den Gegenſtand des Darlehns ausmachen, darin beſteht, daß ſie durch andere Sachen von derſelben Art

27) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 466. *Hufeland* Lehrbuch des Civilrechts §. 547.

28) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L. 2. §. 1. D. de reb. cred. L. 1. §. 2. D. de obligat. et act.*

29) *L. 40. §. 2. D. de contrah. emt.*

Art, Güte und Quantität erſetzt werden können und ſollen, und daher ſo beſchaffen ſind, daß eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann, ohne daß daraus dem Gläubiger irgend ein Nachtheil erwächſt. Man nennt dieſe Sachen fungible Sachen, weil die römiſchen Rechtsgelehrten den Ausdruck *fungi* oder *functionem recipere* gebrauchen [30]). Man kann ſie im Deutſchen mit Zachariä [31]) vertretbare Sachen nennen. Richtiger wird man alſo den Gegenſtand des Darlehns bezeichnen, wenn man ſagt: *Mutui datio* in iis rebus conſiſtit, quae ita comparatae ſunt, ut aliae aliarum vice fungantur, atque tantundem ex eodem genere nobis in relatione ad patrimonium noſtrum idem ſit [32]). Gewöhnlich beſteht nun das Darlehn im Gelde, doch können auch verbrauchbare Naturalien, als Wein, Getraide, Brod, Butter, Holz, Leinwand, u. dgl. ja auch nicht verzehrbare Sachen, z. B. eine Quantität Schmelz, Corallen, oder Exemplare

30) Das Wort *fungi* heißt eigentlich ſoviel als vicem aliquam ſuſtinere, oder locum ſubire ſ. implere, und wird ſowohl von Perſonen als Sachen gebraucht. *Functionem recipere* iſt eben das, was Paulus *L. 6. D. h. t.* durch *mutua vice fungi, et tantundem praeſtare* ausdrückt. Papinian ſagt *permutationem recipere. L. 51. D. de legat. I.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Diſſ. de functione et aequalitate in mutuo. und BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Functio* et *Fungi*.

31) Handbuch des franzöſiſchen Civilrechts. 1. Band §. 217.

32) S. VINNIUS in Commentar. ad princ. Inſtit. Quibus mod. re contrah. obligat. nr. 2. et 3. SCHOTT Proluſ. qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur. in *Opuſc.* pag. 212. ſqq. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuſcula iurid. Specim. X. Obſ. 2. pag. 127. ſqq.

plare von abgedruckten Büchern [33]), kurz alle Sachen ein Gegenſtand des Darlehns ſeyn, welche ſo beſchaffen ſind, daß es in der Regel völlig einerley iſt, ob man gerade dieſe Species oder eine andere von derſelben Gattung hat, und von denen alſo eine der andern vollkommen ſubſtituirt werden kann [34]). Solche Sachen ſind nun zwar von der Art, daß ſie im Handel und Wandel nach Zahl, Maaß, oder Gewicht veräuſſert zu werden pflegen; jedoch können ſie auch als Species zu einem beſtimmten Gebrauche gegeben werden, mit der Bedingung, daß daſſelbe Individuum nach geendigtem Gebrauche wieder zurückgegeben werden ſoll [35]). Dann iſt aber der Contract kein Darlehn, ſondern ein Leihcontract, (Commodatum). z. E. Commodatum pecuniae [36]).

33) S. *Henr. Ge.* WITTICH Syſtem des heutigen Civilrechts. 1. Band §. 133. S. 337.

34) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. I. §. 42. et P. II. §. 213. und THIBAUT Syſtem des Pandectenrechts 1. B. §. 261.

35) Daher erklären viele die L. 2. §. 1. D. h. t. ſo: quod res (in quibus mutui datio conſiſtit) uſum nobis praeſtant, tam in genere ſuo (ſc. in mutuo) quam in ſuis ſpeciebus. (e. g. in Commodato). S. *Ge. Sam.* MADIHN Inſtitut. iuris civ. §. 127.

36) *L. 4. D. Commod.*

---

## Zuſätze und Verbeſſerungen.

S. 22. Not. 71. iſt noch hinzuzufügen *Chriſt.* RAU Obſervationum iuris civilis Specimen. *Lipſiae 1808. 4.* wo Cap. I. ausführlich erwieſen iſt, daß die Erbtheilungsklage an ſich, d. i. inſofern ſie auf Theilung einer gemeinſchaftlichen Erbſchaft gerichtet, und unter wirklichen Miterben angeſtellt wird, keiner Verjährung unterworfen ſeyn könne.

S. 51. Ueber die hier vorgetragenen Grundſätze verdienen auch vorzüglich Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen

len Theilen der Rechtsgelehrſamkeit 5. Band Nr. 52. verglichen zu werden.

S. 74. Z. 16. iſt nach für wach zu leſen.

S. 110. lit. b. iſt nach den Worten: unter andern Erben gemacht, Folgendes einzuſchalten: Dann ſind ſie entweder 1) Notherben. Dieſe können nur in ſofern Evictionsleiſtung fordern, als ſie durch die erlittene Entwährung in ihrem Pflichttheile verkürzt worden ſind. Oder 2) es ſind fremde Erben, welche ꝛc.

S. 238. Z. 4. Leſe man ſtatt Implorantem Imploraten.

— — Z. 8. iſt ebenfalls für Implorantem Imploraten zu leſen.

S. 321. Das SCtum Modeſtianum, deſſen Ulpian *L. 1. §. 2. D. de fugitivis* gedenkt, ſchreibt man gewöhnlich dem Conſul Modeſtus zu, welcher mit dem Probus im Jahr der Erb. Roms 980. das Conſulat verwaltet hat. S. CUJACIUS in Paratitl. ad Pand. Tit. ad Leg. Fabiam, *Abr.* WIELING in Iurisprud. reſtit. pag. 352. und RELANDUS in Faſt. Conſul. pag. 161. Allein Ulpian ſchrieb ſeine *Libros ad Edictum*, aus deſſen Lib. I. die *L. 1. cit.* genommen iſt, unter Caracalla, der ſchon im Jahre 969. war ermordet worden. Es iſt alſo unſtreitig älter, und wahrſcheinlich ſchon vor den Zeiten des Antoninus Pius gemacht worden, wie BREUNING in Prolus. de SCto Modeſtiano gezeigt hat.

S. 339. Z. 9. muß ſtatt Beleidung, Beleidigung geleſen werden.

S. 341. Z. 1. Keinem für keinen.

— — Not. 65. Fehlt *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER.

S. 379. Not. 66. Hier iſt noch zu bemerken, daß *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et obſervat. variis ad Pandect. Lib. XI. §. 5. die florentiniſche Leſeart *liberetur*, ſtatt *laederetur*, in der *L. 5. pr. D. Si menſor falſ. mod. dix.* welcher letztern ich den Vorzug gegeben habe, zu vertheidigen ſucht.

S. 453. Z. 18. muß für Das vielmehr Daß geſetzt werden.

STAATSBIBLIOTHEK BAMBERG

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian
Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 11,2

Erlangen 1809

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(11#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439040-1
VD18 10657126-002